



Rivista Trimestrale - 4/2017

DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO



Crisi del carcere e interventi di riforma: un dialogo con la storia
AA.VV.

La sicurezza urbana e i suoi custodi (il Sindaco, il Questore e il Prefetto)
AA.VV.

Legittima difesa: fra retorica e problemi reali
Domenico Pulitanò

DIRETTORE RESPONSABILE *EDITOR-IN-CHIEF*

Francesco Viganò

VICE DIRETTORI *MANAGING EDITORS*

Gian Luigi Gatta, Guglielmo Leo, Luca Luparia

REDAZIONE *EDITORIAL STAFF*

Anna Liscidini (coordinatore), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Carlo Bray, Alessandra Galluccio, Stefano Finocchiaro, Erisa Pirgu, Serena Santini, Tommaso Trincherà, Maria Chiara Ubiali, Stefano Zirulia

COMITATO SCIENTIFICO *ADVISORY BOARD*

Emilio Dolcini, Novella Galantini, Alberto Alessandri, Jaume Alonso-Cuevillas, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Francesco Angioni, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, David Carpio, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Luis Chiesa, Cristiano Cupelli, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Ombretta Di Giovine, Massimo Donini, Giovanni Fiandaca, Roberto Flor, Luigi Foffani, Gabriele Fornasari, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Giovanni Grasso, Antonio Gullo, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Luca Masera, Jean Pierre Matus, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Santiago Mir Puig, Vincenzo Mongillo, Adan Nieto Martin, Francesco Mucciarelli, Renzo Orlandi, Íñigo Ortiz de Urbina, Francesco Palazzo, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Vicente Pérez-Daudí, Daniela Piana, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Joan Josep Queralt, Paolo Renon, Mario Romano, Gioacchino Romeo, Carlo Ruga Riva, Markus Rübenstahl, Francesca Ruggieri, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Rosaria Sicurella, Placido Siracusano, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Paolo Veneziani, Costantino Visconti, Matteo Vizzardi, Francesco Zacchè



Diritto Penale Contemporaneo - Rivista trimestrale è un periodico on line, ad accesso libero e senza fine di profitto, attualmente edito dall'Associazione "Progetto giustizia penale", il cui presidente e direttore scientifico è il Prof. Viganò. La direzione, la redazione e il comitato scientifico della rivista coinvolgono oggi docenti e ricercatori di numerose università italiane e straniere, nonché autorevoli magistrati ed esponenti del foro.

Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

Le opere pubblicate su "Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale" sono attribuite dagli autori con licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0" Italia (CC BY-NC 3.0 IT). Sono fatte salve, per gli aspetti non espressamente regolati da tale licenza, le garanzie previste dalla disciplina in tema di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (l. n. 633/1941).

Il lettore può condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0 Italia" (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista fa proprio il [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

Peer review

La qualità scientifica dei lavori pubblicati sulla Rivista è assicurata da una procedura di peer review, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, individuati secondo criteri di competenza tematica e di rotazione all'interno dei membri del Comitato scientifico.

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. Di tutte le operazioni compiute nella procedura di peer review è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Con decisione motivata della direzione, i lavori di autori di riconosciuta autorevolezza scientifica e i testi di relazione a convegni possono essere pubblicati senza essere sottoposti alla procedura di peer review. Di tale circostanza è data menzione in nota al lavoro stesso.

Modalità di citazione

Per la citazione dei contributi qui pubblicati, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, fasc. 1/2017, p. 5 ss.



Diritto Penale Contemporaneo - Rivista trimestrale is a free, non-profit online law review, currently edited by the “Progetto giustizia penale” association, whose president and scientific director is Prof. Viganò, currently criminal professor at the Bocconi University in Milan. The management, the editorial staff and the scientific committee now engage lecturers and researchers from several universities in Italy and abroad, as well as distinguished criminal law professionals, judges and attorneys.

The administrative and the editorial staff collaborate for free and authors are not charged with preparation and publication costs.

Works published in “Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale” are attributed to the authors under a *Creative Commons* “Attribuzione – Non commerciale 3.0” Italia (CC BY-NC 3.0 IT) license. Anything not expressly regulated by this license is without prejudice to the guarantees provided by the regulations concerning the protection of copyright and other connected rights (l. n. 633/1941).

Each work published in “Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale” can be shared, reproduced, distributed, printed, disclosed to the public, displayed to the public, searched, and linked to, by any means and in any format, for any lawful non-commercial purpose, in compliance with the *Creative Commons* “Attribuzione – Non commerciale 3.0 Italia” (CC BY-NC 3.0 IT) license, paying attention to retain the indication of the source, the logo, and the original graphic format as well as of the author of the contribution.

This Journal adheres to the [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) approved by the COPE (Committee on Publication Ethics)

Peer review

The scientific quality of the works published in this magazine is guaranteed by a peer review procedure, implemented through the transparency, autonomy and undisputed scientific prestige of the reviewers, selected on a rotational basis and according to their specific competence among the members of the Advisory Board.

Each work subject to this procedure is examined anonymously by two peer reviewers, who give their likewise anonymous opinion on its compliance with the standards of quality set by the best law reviews. A work is published only if it is approved by both reviewers. All the documentation pertaining the operations carried out during this peer review procedure is stored in our offices.

Following a reasoned decision of our editorial staff, works by renowned experts in the field and conference reports can be published without being subject to the peer review procedure. This will be referenced in a footnote to the work itself.

EDITORIALE	In questo numero	1
	Francesco Viganò	
CRISI DEL CARCERE E INTERVENTI DI RIFORMA: UN DIALOGO CON LA STORIA	Crisi del carcere e culture di riforma	4
	Francesco Palazzo	
	Sepolti vivi. Il carcere al tempo delle Pratiche criminali: riti antichi per funzioni nuove	12
	Loredana Garlati	
	La pena nel processo. Giurisdizionalizzazione dell'esecuzione nella penalistica dell'Italia liberale	28
	Marco Nicola Miletta	
	Il carcere oggi: tra diritti negati e promesse di rieducazione	42
	Angela Della Bella	
	Patibolo ed ergastolo dall'Italia liberale al fascismo	51
	Cristina Danusso	
	L'ergastolo nell'esecuzione penale contemporanea	68
	Stefano Marcolini	
	Prospettive attuali dell'alternativa al carcere tra emergenza e rieducazione	77
	Chiara Perini	
	Processo e sistema sanzionatorio: alla ricerca di una "nuova" relazione	89
	Francesca Ruggieri	
	Crisi del sistema sanzionatorio e prospettive di riforma: un dialogo tra storia, diritto ed arte	98
	Grazia Mannozi	

LEGALITÀ PENALE E DINTORNI	Ragioni della legalità. A proposito di Corte cost. n. 24/2017	108
	Domenico Pulitanò	
	Rapporti interordinamentali e conflitti tra identità costituzionali (traendo spunto dal caso Taricco)	115
	Antonio Ruggeri	
	Oggettivo, soggettivo ed evolutivo nella prevedibilità dell'esito giudiziario tra giurisprudenza sovranazionale e ricadute interne	128
	Silvia De Blasis	
	Legittimità costituzionale del limite massimo di pena quale presupposto della non punibilità per particolare tenuità del fatto	160
	Attilio Nisco	
	Garanzie costituzionali e convenzionali della materia penale: osmosi o autonomia?	172
	Irene Pellizzone	
NOVITÀ LEGISLATIVE E GIURISPRUDENZIALI	Le circostanze “indipendenti” sono sempre “ad effetto speciale”? Una risposta negativa (non “famosa”, ma “di parte”), aspettando le Sezioni Unite	181
	Alessandro Melchionda	
	Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco	200
	Cristiano Cupelli	
	Dibattimento a distanza vs. “autodifesa”?	217
	Sergio Lorusso	
	La sicurezza urbana e i suoi custodi (il Sindaco, il Questore e il Prefetto)	224
	Carlo Ruga Riva, Roberto Cornelli, Alessandro Squazzoni, Paolo Rondini e Barbara Biscotti	

L'OBIETTIVO SU...	La regularización del fraude contra la seguridad social en España: un ejemplo de comportamiento postdelictivo	251
	Miguel Bustos Rubio	
	Legittima difesa: fra retorica e problemi reali	262
	Domenico Pulitanò	
	Neuroscienze e diritto penale: le questioni sul tappeto	269
	Fabio Basile e Giuseppe Vallar	
	L'onda lunga della sentenza De Tommaso: ore contate per l'interdittiva antimafia 'generica' ex art. 84, co. 4, lett. d) ed e) d.lgs. n. 159/2011?	290
	Giuseppe Amarelli	
	Responsabilità delle società per reati alimentari. Spunti comparatistici e prospettive interne di riforma	300
	Vincenzo Mongillo	

EDITORIAL	In this issue	1
	Francesco Viganò	
CRISIS OF IMPRISONMENT AND REFORMS: A DIALOGUE WITH HISTORY	Crisis of the Imprisonment and Ways of Reforming It	4
	Francesco Palazzo	
	Buried Alive. Prison in the Days of “Practicae Criminales”: Old Rituals for New Functions	12
	Loredana Garlati	
	Punishment Within the Trial. Increasing Jurisdictional Control in the Execution Stage of Criminal Proceedings in Liberal Italy	28
	Marco Nicola Miletti	
	Prison Today: Rights Violation and Rehabilitation Purposes	42
	Angela Della Bella	
	The Gallows and Life Imprisonment from Liberal Italy to Fascism	51
	Cristina Danusso	
	Life Imprisonment in the Contemporary Enforcement of Criminal Sentences	68
	Stefano Marcolini	
	Present Perspectives of Measures Alternative to Imprisonment Between Emergency and Re-education	77
	Chiara Perini	
	Crime and Punishment: On a Search for a New “Liason”	89
	Francesca Ruggieri	
	Crisis of the Criminal Sanctions System and Perspectives for Reform: A Dialogue Between History, Law and Art	98
	Grazia Mannozi	

NEW DIMENSIONS OF THE 'NULLA POENA' PRINCIPLE	Reasons of Legality On Corte Cost. N. 24/2017	108
	Domenico Pulitanò	
	Relationships Between Different Legal Systems and Constitutional Identity's Conflicts (Taking Inspiration from the Taricco Case)	115
	Antonio Ruggeri	
	<i>Objective, Subjective and Evolutionary</i> in Foreseeability of the Judicial Decision Between European Jurisprudence and Our Own Judgments	128
Silvia De Blasis		
	Constitutionality of the Maximum Limit Applicable to Punishment as Requirement for the Exclusion of Punishability due to the Particular Tenuity of the Fact	160
	Attilio Nisco	
	Constitutional and Conventional Guarantees "En Matiere Penale": Osmosi or Autonomy?	172
	Irene Pellizzone	
NEWS FROM LEGISLATION AND CASE LAW	"Independent Circumstances" Are Always Circumstances with "Special Effect"? A Negative Response	181
	Alessandro Melchionda	
	The Criminal Liability of the Healthcare Professionals and the New Law No. 24/2017 (the So Called Gelli-Bianco Law)	200
	Cristiano Cupelli	
	Remote Participation in a Trial vs. "Self-defence"?	217
Sergio Lorusso		
	Urban Security and Its Guardians (<i>Sindaco, Questore and Prefetto</i>)	224
	Carlo Ruga Riva, Roberto Cornelli, Alessandro Squazzoni, Paolo Rondini e Barbara Biscotti	

FOCUS ON...	<hr/> The Regularization of the Fraud Against Social Security in Spain: an Example of Post-crime Behavior Miguel Bustos Rubio	251
	<hr/> The Right of Self-defence: Between Rhetoric and Concrete Problems Domenico Pulitanò	262
	<hr/> Neuroscience and Criminal Law: the Open Issues Fabio Basile e Giuseppe Vallar	269
	<hr/> The Long Wave of De Tommaso Case: Is Time Running Out for 'Generic' Anti-Mafia Ban ex Art. 84, Co. 4, Lett. d) and e) D.Lgs. N. 159/2011? Giuseppe Amarelli	290
	<hr/> Corporate Liability for Food Crimes. Comparative Law Analysis and Italy Reform Prospects Vincenzo Mongillo	300

1

In questo numero

Francesco Viganò

In questo numero

In This Issue

FRANCESCO VIGANÒ

Ordinario di Diritto penale presso l'Università Bocconi di Milano

1.

Questo fascicolo si apre con gli atti del convegno *Crisi del carcere e interventi di riforma: un dialogo con la storia*, svoltosi presso la sede di Como dell'Università degli Studi dell'Insubria lo scorso 12 maggio 2017. Il tratto qualificante della riflessione sviluppata in tale occasione, fedelmente riflesso dagli interventi che abbiamo ora il piacere di pubblicare, può essere rintracciato nel *dialogo tra le discipline*, che gli organizzatori hanno inteso promuovere al cospetto di uno dei temi di maggior attualità nel dibattito penalistico, rappresentato dalla crisi della pena carceraria. Si sono confrontati in merito storici del diritto, penalisti e processualpenalisti: a partire dalla come sempre illuminante relazione introduttiva del Prof. Francesco Palazzo, che ha aperto i lavori facendo il punto sugli interventi di riforma attuati o programmati nella presente stagione politico-criminale.

La messa a fuoco – anche nell'evoluzione storica – della funzione assegnata e in concreto svolta dalla pena detentiva nelle diverse declinazioni, in dialettica con l'intrinseca lesività della stessa, ha rappresentato il *fil rouge* degli interventi, in una cornice costituita da una visione *integrata* della scienza penale, che valorizza, nel passato e nell'attualità, il nesso tra diritto penale e processo penale e, più in generale, la giurisdizionalizzazione delle diverse fasi di applicazione della norma incriminatrice (sino a quella, cruciale, della esecuzione della pena). Un nesso, quello tra dimensione sostanziale e processuale, sempre più attuale, tenuto conto delle riforme susseguitesì a partire dall'introduzione dei riti premiali, e che assegna al processo in sé un ruolo sempre più incisivo nel *conformare* la risposta ordinamentale al reato.

2.

La seconda sezione del fascicolo esplora, ancora, temi legati al principio di legalità, un autentico protagonista dei dibattiti odierni dei penalisti, e del quale del resto la nostra rivista torna continuamente ad occuparsi.

Tengono qui banco, naturalmente, le riflessioni ingenerate dal caso *Taricco*, qui oggetto di due interventi di autori del calibro di Domenico Pulitanò e Antonio Ruggeri, a testimonianza – una volta di più – del carattere interdisciplinare di questa tematica. Ma trovano, altresì, spazio interessanti analisi, a firma di più giovani ma valorosi studiosi, della nuova concezione della legalità penale determinate dall'attuale processo di osmosi tra i corollari tradizionali del *nullum crimen* nella riflessione penalistica e costituzionalistica nazionale e la dimensione che questo stesso principio assume nell'elaborazione fornita dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che sempre più incisamente viene richiamata anche dagli attori penalistici nazionali e che ha finito ormai per penetrare saldamente anche nel nostro formante dottrinale. Con un'attenzione particolare, infine, alla tematica della proporzionalità della pena rispetto alla gravità del reato – un orizzonte di tutela potenziato dal riconoscimento, ad opera dell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – e alle sue conseguenze in ordine al complessivo assetto sanzionatorio, comprensivo anche delle cause di non punibilità e dei relativi presupposti applicativi, oggetto di recenti interventi del giudice delle leggi.

3.

Questo numero ospita poi vari contributi su recenti vicende giurisprudenziali di particolare importanza e di novità normative, tra cui quelle ingenerate dalla nuova legge Gelli-Bianco in materia di responsabilità medica, dalla riforma Orlando del processo penale e dalla nuova disciplina sulla tutela della sicurezza urbana, analizzata da uno stimolante contributo collettaneo a firma di studiosi dell'Università di Milano Bicocca.

Chiudono il fascicolo una serie di lavori di ampio respiro, tra i quali spiccano un contributo – ancora di Domenico Pulitanò – sulla riforma della legittima difesa e un lavoro a quattro mani – a firma di Fabio Basile e Giuseppe Vallar – sulla rilevanza delle neuroscienze nel diritto penale in prospettiva interdisciplinare: un tema, quest'ultimo, sempre più al centro dell'attenzione degli studiosi delle scienze criminali, e delle loro interrelazioni con le più recenti acquisizioni delle scienze 'dure'.

**CRISI DEL CARCERE E INTERVENTI DI RIFORMA:
UN DIALOGO CON LA STORIA**
*CRISIS OF IMPRISONMENT AND REFORMS:
A DIALOGUE WITH HISTORY*

-
- 4** **Crisi del carcere e culture di riforma**
Francesco Palazzo
-
- 12** **Sepolti vivi. Il carcere al tempo delle Pratiche criminali:
riti antichi per funzioni nuove**
Loredana Garlati
-
- 28** **La pena nel processo. Giurisdizionalizzazione dell'esecuzione
nella penalistica dell'Italia liberale**
Marco Nicola Miletta
-
- 42** **Il carcere oggi: tra diritti negati e promesse di rieducazione**
Angela Della Bella
-
- 51** **Patibolo ed ergastolo dall'Italia liberale al fascismo**
Cristina Danusso
-
- 68** **L'ergastolo nell'esecuzione penale contemporanea**
Stefano Marcolini
-
- 77** **Prospettive attuali dell'alternativa al carcere tra emergenza e rieducazione**
Chiara Perini
-
- 89** **Processo e sistema sanzionatorio: alla ricerca di una "nuova" relazione**
Francesca Ruggieri
-
- 98** **Crisi del sistema sanzionatorio e prospettive di riforma:
un dialogo tra storia, diritto ed arte**
Grazia Mannozi

Crisi del carcere e culture di riforma

Crisis of the Imprisonment and Ways of Reforming It

FRANCESCO PALAZZO

Professore ordinario di Diritto penale presso l'Università di Firenze
francesco.palazzo@unifi.it

CARCERE, MISURE ALTERNATIVE,
PENE ALTERNATIVE, GIUSTIZIA RIPARATIVA

IMPRISONMENT, ALTERNATIVE MEASURES,
ALTERNATIVE PENALTIES, RESTORATIVE JUSTICE

ABSTRACT

Il saggio muove dalla constatazione della contraddizione in cui oggi si trova la pena carceraria: da un lato, essa può vantare un'originaria fondazione razionalistica e scienziata, che ne ha fatto uno strumento apparentemente irrinunciabile; ma, dall'altro, sono attualmente evidenti i segni di una crisi profonda da molteplici punti di vista, umanitario, ideologico e di efficienza. Siamo dunque dinanzi ad un momento di svolta nella politica penale italiana e le linee lungo le quali potrà evolvere il sistema sanzionatorio corrispondono a premesse culturali assai diverse tra loro anche se non necessariamente alternative. Le possibili direttrici di riforma sono principalmente tre: quella delle misure alternative penitenziarie, quella delle pene alternative non carcerarie e quella della giustizia riparativa. Di ciascuna di esse viene esaminato il rapporto con la "monocultura" carceraria.

This paper starts taking note of the contradiction in which imprisonment nowadays is. On the one side, it can claim foundations in science and rationality, which made it an apparently indispensable tool; on the other side, nowadays there is clear evidence of a deep crisis in many respects, humanitarian, ideological and of efficiency. Therefore, in this moment, we are facing a turning point in the Italian policy on crime. The guidelines under which the punitive system may evolve in the future match distinct, but not necessarily alternative, cultural preconditions. There are three conceivable guidelines for the reform: firstly, that of the alternative measures in prison; secondly, that of the measures alternative to imprisonment; finally, the restorative justice. Each of these will be examined in respect of the imprisonment "monoculture".

SOMMARIO

1. Utilità della 'storia'. – 2. Trionfo e crisi del carcere. – 3. Contraddizioni del presente. – 4. Misure alternative penitenziarie. – 5. Pene alternative non carcerarie. – 6. Giustizia riparativa.

1. Utilità della 'storia'.

Il mio compito del tutto immeritato di aprire, con queste brevi parole, il volume, dedicato ad un "dialogo con la storia" sulla crisi del carcere e i conseguenti interventi di riforma, mi consente di esprimere, in via preliminare appunto, un convinto apprezzamento sulla scelta effettuata di aprirsi al confronto con la 'storia' nonostante il carattere drammaticamente quotidiano della crisi carceraria e la natura quasi emergenziale, estemporanea, contingente dei molti tentativi di lenire se non superare la situazione critica. Sembrerebbe che il tema, stringente nella sua impellenza dei numeri delle statistiche mensilmente aggiornate, si sottragga alle campate lunghe e stabili della riflessione storica. Ma così non è.

Nei momenti di crisi, infatti, quando è dunque smarrito il senso di orientamento del nostro agire e gli "interventi di riforma" rischiano di essere scomposti se non sconnessi, allora solo la storia può aiutarci a ritrovare la *linea* orientativa, la linea di marcia, evitando così di rimanere prigionieri – giorno per giorno – del *punto* in cui ci troviamo impantanati: sono per l'appunto i momenti di crisi a rendere particolarmente appropriata quella felice metafora di Paolo Grossi sul 'punto e la linea'. Ed è inoltre particolarmente importante per noi che la storiografia non sia solo delle idee, del pensiero, ma si pieghi ad essere anche storiografia della realtà effettuale. Se questa declinazione della storia verso il terreno basso dell'esperienza dei fatti è sempre utile, diventa indispensabile quando si tratta di confrontarsi con quella particolare manifestazione dell'esperienza giuridica che è la *pena*, specie carceraria. E' qui sempre incombente infatti il pericolo di un grosso scarto, di una profonda divaricazione tra la pena come concetto teorico, più o meno ammantato di alte giustificazioni filosofiche, e la pena come pratica esecutiva, spesso degenerante verso le peggiori manifestazioni di insensibilità e di eccesso del cosiddetto potere punitivo.

2. Trionfo e crisi del carcere.

Si è detto: crisi della pena carceraria. Ebbene, non vorrei correre il rischio di un'eccessiva enfattizzazione del nostro tema, ma ho come l'impressione che l'ora presente da noi vissuta segni addirittura un momento di *svolta* nella storia della pena carceraria. Un momento, peraltro, accompagnato altresì da molte contraddizioni.

Certamente, non andremmo lontani dal vero ricordando che il carcere è stato *sempre* in crisi. Ma oggi questa crisi perenne pare essere più *radicale*.

Il carcere entrò in crisi già in epoca tardo antica, quando comparve sotto le vesti e la funzione di carcerazione preventiva. E subito, agli occhi di un legislatore certo non indulgente né animato da spirito umanitario, si manifestarono però i problemi del sovraffollamento, i rischi di possibili soprusi e quelli di una arbitraria distorsione funzionale del carcere preventivo in chiave di anticipazione di pena. E poi, compiendo un funambolico salto di molti secoli, nel primo Ottocento, dopo poco che il carcere si era insediato quale pena principale se non unica del sistema punitivo, Alexis de Tocqueville va in America a cercare fonti d'ispirazione per suggerire al governo possibili rimedi ad una situazione penitenziaria già fortemente compromessa se non insostenibile sotto il profilo umanitario.

Dunque la crisi è coeva al carcere, ma oggi – dicevo – mi pare più radicale. Non c'è solo la crisi *umanitaria* prodotta dal sovraffollamento, dal numero impressionante di suicidi e di autolesionismo se paragonato ai tassi percentuali della popolazione libera; la crisi alimentata dall'ozio forzato e degradante, dall'annullamento di qualunque pur raro sforzo di responsabilizzazione, dall'abbruttimento dovuto alle conseguenze della mancanza di "affettività" (come si suole dire pudicamente).

Non c'è solo la crisi di *efficienza* e di *effettività*. Di efficienza, poiché è ormai acquisita la consapevolezza quasi ufficiale degli alti tassi di recidività prodotti dal carcere, con la conseguenza, davvero paradossale nella sua totale irrazionalità di scopo, che si produce carcerazione

per prevenire una criminalità che il carcere contribuisce fortemente a produrre: così che, alla fine, ci si acqueta senza confessarlo all'idea che una certa quota di criminalità – più o meno costante nei grandi numeri e nei lunghi periodi – sia costantemente consustanziale alla vita sociale complice appunto il ruolo svolto dall'irrinunciabile carcere. Crisi altresì di effettività, inoltre, perché è ormai acquisito che solo una minima parte delle pene minacciate a gran voce dal legislatore è in realtà destinata a trovare reale esecuzione: non solo per la fisiologica presenza del “numero oscuro” che fin dall'origine sottrae criminali alla pena, ma anche per l'operare di un insieme di meccanismi giuridici (dalla prescrizione alle misure alternative) che fanno sì che la pena minacciata sia spesso poco più di un *flatus vocis*. Col paradosso, però, segno di una grave disfunzione del sistema, che per contro il sovraffollamento continua ad essere il principale problema all'ordine del giorno.

Ma non c'è solo la crisi umanitaria e quella di efficienza ed effettività. Vi è anche, più radicale, la crisi *ideologica* della pena carceraria. La nostra pena detentiva è il frutto del razionalismo e del contrattualismo illuministici. L'epoca postmoderna, con la sua tendenza a liquefare molte delle certezze della modernità, ha rivelato come questo accreditamento del carcere secondo credenziali razionali e consensualistiche sia in realtà il risultato di uno straordinario gioco di prestigio culturale e politico. Il razionalismo delle *funzioni* utilitaristiche della pena, specie carceraria, si associa – e non poteva essere diversamente – al consensualismo che si produce verso una ‘violenza’ che viene accettata e anzi invocata quale strumento di salvaguardia della nostra vita e libertà, dei nostri diritti fondamentali. Al termine di questa metamorfosi culturale e politica la pena lascia l'evidenza sopraffattoria e di franca manifestazione di potere degli splendidi supplizi e riveste invece i panni assai più tranquillizzanti del consensualismo che circonda una pena sempre più inclinante dal *male* necessario al *bene* pubblico. Se prima il supplizio era *subito* nella sua manifesta esibizione di potere esterno e sovrastante l'individuo, dopo la rivoluzione illuministica la pena carceraria è accettata, anzi consensualmente *voluta* quale razionale sacrificio per godere della libertà di tutti e di ognuno.

Questo razionalismo contrattualistico subisce poi un ulteriore processo di estremizzazione allorché avanza la pretesa di conferire alla pena e ai suoi meccanismi funzionali una lustra di *scientificità*. E, esprimendoci molto sommariamente, diremmo che sono due le più significative manifestazioni storiche – tutt'oggi presenti – di questa “scientificizzazione” della pena carceraria.

In primo luogo, l'idea della “controspinta” – poi della “deterrenza” – esercitata dalla pena sulla motivazione a delinquere introduce addirittura una componente di quantificazione aritmetica nella determinazione della pena, per cui si assume implicitamente che quella e non altra deve essere la ‘misura’ della pena, in quanto corrispondente alla spinta criminosa: si postula, insomma, la plausibilità non solo logica ma anche empirica di rinvenire un *quantum* sanzionatorio eguale e contrario a quella spinta criminosa che si suppone operante allo stesso modo e con la stessa intensità in ogni individuo ma diversificata in rapporto però alle varie tipologie di reato. Un meccanismo dunque che, mentre sembra mutuare i suoi termini dall'empiria dei fenomeni psichici, in realtà si muove su un piano di assoluta astrattezza logico-concettuale. Ed in questa prospettiva cosa meglio della pena carceraria poteva rispondere all'esigenza di scientificizzazione aritmetica della pena? Ecco uno dei motivi, e certo non il più trascurabile, del vero e proprio trionfo della detenzione.

In secondo luogo, il processo di scientificizzazione della pena continua, si accentua e si trasforma con l'irrompere, prima negli Stati Uniti e poi anche in Europa, dell'ideologia trattamentale e rieducativa. Almeno nella sua versione più radicale, forse mai interamente tramontata, del trattamento rieducativo di stampo clinico da praticare in un'equilibrata commistione di trattamenti intra ed extramurari, la pena diventa se non lo strumento almeno l'occasione di una vera e propria terapia psico-sociale del delinquente, necessariamente ispirata e definita dalle trionfanti scienze dell'uomo.

Ebbene, possiamo dire che il razionalismo e lo scientismo penologico della modernità hanno, tra l'altro, avuto l'effetto di addormentare per secoli le coscienze ingenerando l'illusione di avere ammansito e addirittura neutralizzato le pulsioni violente della giustizia vendicativa. Si badi: non c'è dubbio che razionalismo e scientismo siano stati effettivamente fattori di civilizzazione del ‘penale’, ma ciò non toglie che abbiano contribuito a perpetuare un paradigma di giustizia penale, quello punitivo, che – come ormai è stato dimostrato – non ha affatto perduto le sue componenti retributivo-vendicative. E soprattutto questo fenomeno illusionistico ha consentito il duraturo trionfo del carcere come pena principale se non unica.

Non vorrei estremizzare troppo, ma si potrebbe addirittura pensare che la mistificazione delle componenti vendicative ha spinto alla fine il carcere verso caratteri di disumanità che nemmeno la vendetta possiede. Non intendo certamente passare per un nostalgico della vendetta, ma tuttavia sembra acclarato che la vendetta ha in sé pur sempre un carattere di *reciprocità*, di *reciproco riconoscimento*: prima di tutto, certo, nel rapporto tra autore e vittima che ‘si riconoscono’ nella necessità di riequilibrare le condizioni del loro coesistere nella società; ma poi anche nel rapporto tra autore/vittima e gruppo sociale di rispettiva appartenenza in quanto quest’ultimo possa legittimamente farsi portatore attivo o passivo della reazione vendicativa. Al contrario, alla pena carceraria non è estranea la possibile deriva verso il *disconoscimento* dell’altro con la conseguente negazione di ogni rapporto di reciprocità: il carcere è, infatti, esposto alla possibile degenerazione quale strumento di pura “esclusione” del reo, quasi a rappresentare simbolicamente il *rifuto* del male mediante l’esclusione del reo e la sua relegazione in uno spazio chiuso non solo dall’interno carcerario verso l’esterno sociale ma anche, e ancor prima, nell’opposta direzione dall’esterno sociale verso l’interno carcerario. Il carcere insomma adempie egregiamente la funzione anestetica di una rappresentazione simbolica ma convincente che il male può essere ‘estirpato’ così da non appartenere più alla fisiologia dell’uomo vivere individuale e sociale.

Quale conseguenza ultima di tutto ciò, poi, il razionalismo e lo scientismo penologico, nel radicare le ragioni del carcere in un terreno fatto di strutture razionali e di sapere scientifico, hanno finito per fare della pena detentiva quasi una “categoria dello spirito”, ponendola così fuori dalla storia, fuori dai condizionamenti che il sistema politico da un lato e le forze emotive immancabilmente esercitano di fronte al fenomeno criminoso. Il carcere celebra così il suo trionfo, nell’inconsapevole e nefasta convinzione che esso sia quasi una *costante* della società: cioè qualcosa di sostanzialmente ineliminabile, al quale si è giunti in seguito ad al progresso dello spirito realizzatosi nella modernità.

3. Contraddizioni del presente.

Ebbene, questo solido edificio oggi è sicuramente minato da una crisi profonda. Forse mai il trionfo del carcere è stato realmente ed interamente tale, e la storia in effetti documenta i continui tentativi per il suo superamento: ma nonostante le sue deficienze e le insoddisfazioni prodotte, il carcere ha resistito in virtù di questa convinzione di ineluttabilità che ha continuato ad alimentarlo operando quasi sotto traccia. Ma nell’ora presente davvero le cose stanno cambiando, poiché si sta assumendo la consapevolezza in sede teorica dell’artificiosità del razionalismo e dello scientismo penologico.

Ciò non significa, ovviamente, che non vi siano resistenze, diffidenze e contraddizioni anche molto forti. Nell’esperienza di questi nostri tormentati anni, mentre il carcere declina ideologicamente con la demistificazione del razionalismo e scientismo originari, esso continua a dominare la scena dell’esperienza giuridica quotidiana. Ma forse la contraddizione è solo apparente. Penserei, in vero, che questo perdurante protagonismo del carcere non sia più attribuibile alle vecchie sue “credenziali” di razionalità e scientismo, ma a tutt’altre correnti ideali diffuse ed operanti nel nostro attuale contesto sociale.

In primo luogo, viene in gioco un neo-retribuzionismo diffuso che incanala oggi bisogni e impulsi vendicatori in una superiore istanza di *giustizia* compensativa, che trova la sua espressione più evidente in quella frase che tante volte ascoltiamo: “non vogliamo vendetta ma giustizia”. Su questo *humus* sociale e ideal-sentimentale si innesta il populismo politico-legislativo, che non perde occasione per cercare di acquisire consensi appagando questi bisogni di “giustizia”.

In secondo luogo, il ricorso al carcere è fomentato da una forte esigenza di *moralizzazione sociale* avvertita in particolare di fronte alle varie manifestazioni della corruzione e della criminalità degli affari: la “domanda di carcere” si alimenta dell’insofferenza verso la sopraffazione e l’arbitrio esercitato dalle varie “caste”, anche a costo di dimenticare come molto spesso la pena carceraria è qui spesso destinata all’ineffettività.

Dicevo che questa sorta di *revival* del carcere è in contraddizione solo apparente col declino dell’illusione razionalistica/scientista che nella modernità ha fatto trionfare la monocultura carceraria. E’ apparente, in effetti, perché gli attuali canali di alimentazione del carcere traggono origine da atteggiamenti socio-culturali che potremmo dire caratterizzati piuttosto da

sentimentalismo: a me pare che il ‘sentimentalismo’ sia la cifra predominante del nostro porsi oggi di fronte alla realtà, nel senso proprio di privilegiare – anche nella ricerca del bene – criteri valutativi fortemente connotati emotivamente nella convinzione di una loro maggiore “autenticità” ed “umanità”. Sia gli umori neoretributivi che l’esigenza di moralizzazione sociale sono espressioni di questo sentire sociale che sempre di meno sembra disposto all’esercizio rigoroso della razionalità cognitiva e comportamentale, ma sempre di più incline verso una generale ri-valorizzazione delle componenti emotive e affettive della nostra esistenza individuale e sociale.

4.

Misure alternative penitenziarie.

E’ ora il momento di dire molto brevemente quali sono i luoghi e i momenti della concreta esperienza legislativa degli ultimi anni, in cui si sono manifestati i segni di questo cedimento del paradigma della monocultura carceraria. Con molta approssimazione, direi che vengono principalmente in considerazione tre fronti: quello delle misure alternative, quali strumenti di *apertura* del carcere; quello delle pene alternative, quali strumenti sanzionatori di integrale *sostituzione* del carcere; quello della giustizia riparativa, come modello ispirato ad una logica *non sanzionatoria*. Come è facile comprendere, si tratta di tre capitoli molto impegnativi e significativi della politica penale, ricchi di implicazioni di principio e di problemi tecnici e sistematici. Qui non potrò che limitarmi a cenni davvero sommari.

Quanto alle *misure* alternative previste dall’ordinamento penitenziario, non sarò certo io a sottovalutarne il ruolo da esse svolto nella recente storia italiana del carcere. L’affidamento in prova, la semilibertà, la libertà anticipata segnarono un momento di grande significato per l’intero nostro sistema penale, essendo la legge del 1975 forse l’unica vera riforma organica di adeguamento costituzionale del sistema: l’idea rieducativa trovò finalmente espressione normativa e pratica con quelle misure, ammodernando il nostro ordinamento penale, dopo quasi trent’anni che la Costituzione era in vigore.

Ciò detto, però, deve riconoscersi – senza con ciò nulla togliere, anzi, al ruolo delle misure alternative penitenziarie – che esse non sono in grado di intaccare il tradizionale paradigma carcere-centrico né sotto il profilo concettuale, né sotto quello ideologico e neppure infine sotto quello prasseologico. E’ del tutto evidente, infatti, che le misure alternative dal carcere nascono e al carcere possono in ogni momento ritornare.

Dopo quarant’anni di politica legislativa di decarcerazione realizzata con le misure alternative non si sono prodotti risultati di grande rilevanza sul piano del contenimento della criminalità, essendo rimasti i tassi di criminalità sostanzialmente invariati. Ma, a parte ciò, è soprattutto in senso politico che le misure alternative hanno sempre costituito l’altra faccia del paradigma carcerario. Ad essere franchi, non si può infatti negare che le misure alternative hanno consentito di portare avanti la politica legislativa di crescente carcerizzazione senza incorrere nell’implosione del sistema e lasciando invece al giudice, segnatamente quello della sorveglianza, il compito di gestire complessivamente l’universo carcerario assicurandone la compatibilità con l’ininterrotto abuso che del carcere ha fatto il legislatore.

Dal punto di vista funzionale, poi, questo ruolo politico attribuito alle misure alternative ne ha segnato una deformazione e finanche una loro sostanziale delegittimazione, poiché esse hanno negli anni progressivamente accentuato la funzione deflativa rispetto a quella autenticamente rieducativa. Particolarmente istruttiva al riguardo è la storia recentissima delle misure alternative. Dopo la famosa sentenza *Torreggiani* della Corte di Strasburgo, con cui l’Italia è stata condannata per la disumanità del sovraffollamento carcerario, il legislatore è intervenuto con provvedimenti tampone mirati essenzialmente ad una dilatazione quantitativa delle misure alternative ottenuta mediante riforme di carattere per così dire “aritmetico”, che incidevano cioè sui presupposti o sulla consistenza numerici delle misure.

Successivamente, è poi intervenuta la legge 23 giugno 2017, n. 103, che nel suo complesso mostra quasi *per tabulas* quanto dicevo prima a proposito del ruolo “politico” svolto dalle misure alternative. Mentre, infatti, da un lato la legge 103/2017 provvede all’inaspimento sanzionatorio per tutta una serie di reati di ritenuto maggior allarme sociale e comunque statisticamente rilevanti, dall’altro lato la delega penitenziaria da quella stessa legge conferita al governo va nel senso di un ulteriore ampliamento dello spettro applicativo delle misure alternative. E da qui si ricava dunque plasticamente l’immagine di un legislatore, da un lato,

che si attribuisce il compito di mostrare la “faccia feroce” per appagare le esigenze securitarie e placare così le inquietudini sociali e, dall’altro lato, di una magistratura di sorveglianza sulle cui spalle viene a gravare la responsabilità di tenere sotto controllo le tensioni da cui viene così gravato il mondo carcerario.

5.

Pene alternative non carcerarie.

L’impatto delle *pene* alternative non carcerarie sul sistema è di gran lunga più significativo sulla strada del superamento della monocultura carceraria. Esse si differenziano dalle *misure* alternative perché sono completamente svincolate dal carcere: costituendo delle specie sanzionatorie *autonome* esse hanno una vita, dalla comminazione edittale all’irrogazione giudiziale fino all’esecuzione, che non incrocia il carcere, salvo – ovviamente – l’ipotesi di volontaria grave violazione da parte del condannato degli obblighi in cui esse consistono.

Questo motivo di apprezzamento nei confronti delle pene alternative non carcerarie non può oscurare tuttavia i limiti e le difficoltà cui esse tuttavia vanno incontro: limiti e difficoltà – è bene dire subito – che a mio giudizio non sono tali da mettere più di tanto in discussione i vantaggi e il significato di “rottura”, di svolta che si potrebbe produrre con la loro introduzione nel sistema.

Pur essendo decisamente ampia la loro possibile tipologia, il campo di possibile utilizzazione delle pene alternative è tutt’altro che sconfinato. Quanto a tipologia, esse possono avere un contenuto pecuniario e patrimoniale, interdittivo e incapacitativo, reintegratorio, prescrittivo, detentivo non carcerario. Però, il loro campo di applicazione trova due limiti importanti, poiché esse non possono evidentemente essere impiegate che per la fascia di reati di gravità medio-bassa; e, in secondo luogo, è decisivo per il buon funzionamento di queste pene che vi sia un rapporto in qualche modo di omogeneità o comunque di congruenza tra il contenuto offensivo del reato e quello sanzionatorio della pena.

Neppure è trascurabile il rischio che queste tipologie di pene possano comportare, specie nel momento esecutivo, dei fattori di disuguaglianza di trattamento. Anche se questo loro potenziale e congenito vizio non va troppo enfatizzato, poiché altrimenti non sarebbe mai possibile rompere il monopolio della detenzione carceraria, che è per l’appunto la specie sanzionatoria maggiormente in grado di assicurare l’eguaglianza di trattamento nel presupposto che la libertà personale è il bene davanti al quale siamo (quasi) tutti eguali.

Inoltre, è ben vero che l’introduzione delle pene alternative, per la ragione anzidetta dell’auspicabile rapporto di omogeneità tra reato e sanzione, dovrebbe avvenire in rapporto a determinate e selezionate tipologie di reati. Il che significherebbe, sotto il profilo della legiferazione, mettere indirettamente le mani nella parte speciale del sistema penale, con tutte le difficoltà che ciò comporterebbe sul piano politico criminale. Peraltro, con una certa dose di realismo, sarebbe forse pensabile l’utilizzazione *medio tempore* di una clausola generale di conversione del carcere nelle pene alternative per determinate fasce di reati, rinviando al futuro legislatore al momento dell’introduzione di nuovi reati l’abbinamento più mirato tra reato e pena.

Dal punto di vista sistematico complessivo, il ricorso a pene edittali non carcerarie finirebbe per articolare il sistema penale su due livelli: quello della pena carceraria e quello, appunto, delle pene alternative. Unitario nella sua natura punitiva e dunque nelle sue garanzie fondamentali, il sistema sarebbe invece bipartito lungo il crinale del contenuto sanzionatorio carcerario o meno. Potrebbe conseguentemente aprirsi una riflessione anche sulla possibilità di differenziare in parte anche i presupposti e i requisiti della responsabilità per le due diverse categorie di reati a seconda che siano sanzionati con pena carceraria o non carceraria. Il che potrebbe contribuire a conferire maggiore effettività alla repressione di reati che per la loro fisionomia criminologica tendono a sottrarsi all’accertamento dei requisiti tradizionali dell’illecito penale, in termini ad esempio di causalità o di colpevolezza; e con ciò a sottrarsi anche alla risposta punitiva. E il pensiero corre in primo luogo ai reati dei c.d. “colletti bianchi”, rispetto ai quali in verità il tasso di effettività della sanzione carceraria è molto basso.

La storia recente, anzi la cronaca, delle pene alternative non carcerarie non è certo esaltante. E’ vero che esistono difficoltà e limiti, come abbiamo messo in luce poco fa, ma si tratta di ostacoli che potrebbero essere in larga misura superati in presenza di una opzione politica adeguatamente chiara e convinta e di una buona tecnica legislativa. Le tappe di questa cronaca possono essere così riassunte. Vi fu un promettente e inaspettato abbrivio con un noto dise-

gno di legge del ministro Paola Severino, che per la prima volta faceva spazio alla detenzione domiciliare in chiave di pena edittale autonoma. Successivamente il ministro Anna Maria Cancellieri istituì una commissione di studio con un ampio mandato per una revisione organica del sistema sanzionatorio complessivo, anche se forse non sostenuta da una convinta volontà politica in tal senso. Poi, il parlamento giunse quasi miracolosamente ad approvare, fra l'altro con una larga maggioranza, una complessa e articolata legge – la n. 67 del 2014 – che tra le non poche innovazioni conteneva anche una delega per l'introduzione della detenzione domiciliare quale nuova pena edittale. E la commissione ministeriale chiamata ad attuare la delega cercò di valorizzare al massimo la nuova specie sanzionatoria, fra l'altro prevedendo la possibilità che essa fosse arricchita di prescrizioni che ne attenuassero il carattere esclusivamente di segregazione domestica. La delega non fu esercitata, probabilmente perché si temette che l'adozione congiunta e contemporanea dei vari strumenti *lato sensu* deflativi previsti dalla legge 67/2017 avrebbe potuto innescare reazioni socialmente ostili e politicamente pericolose per il governo. Lasciata la strada delle pene alternative, però, di lì a poco fu varato il disegno di legge governativo destinato a diventare la legge n. 103/2017 con la sua delega in materia di ampliamento delle misure alternative penitenziarie. Evidentemente questa via fu ritenuta più produttiva e più percorribile, anche perché è stata accompagnata – come abbiamo notato – dall'inasprimento sanzionatorio dei reati di maggiore allarme sociale, secondo quella inveterata politica della “doppia faccia” per cui il legislatore fa largo uso della pena carceraria mentre al magistrato di sorveglianza vengono date in mano misure alternative di sempre più largo uso. Fermo così restando il paradigma carcerocentrico.

6.

Giustizia riparativa.

Davvero alternativo alla monocultura carceraria è il paradigma della *giustizia riparativa*: è questo il fronte lungo il quale l'ideologia carceraria può essere scossa dalle fondamenta, se non sradicata completamente. La ragione è ovvia, poiché la giustizia riparativa costituisce davvero un paradigma alternativo, non solo nei suoi contenuti operativi per così dire, ma prima ancora nella sua ideologia di reazione al crimine non più fondata sul cosiddetto “raddoppio del male” e sulla perpetuazione del duplice conflitto tra autore e vittima e tra autore e comunità (rappresentata dallo Stato), bensì sull'idea di una ricomposizione in qualche modo ‘personalistica’ di quel conflitto, destinata a fare del crimine un'occasione positiva di rafforzamento dei legami sociali: e ciò in una prospettiva di superamento della stessa idea della rieducazione, poiché la giustizia riparativa non ‘opera’ solo sulla persona del reo, ma anche sul versante delle vittime, realmente o simbolicamente. E’ insomma anche la ‘parte offesa’ che viene chiamata a farsi parte attiva, insieme al reo, del processo di ricucitura del tessuto sociale lacerato dal reato. Si muove, dunque, da premesse ideologiche che non sono solo umanitarie, non solo solidaristiche, non solo ispirate a obiettivi inclusivi, ma anche e soprattutto sociologicamente orientate a rinsaldare la compagine della coesistenza agendo sullo strato più profondo, del vissuto anche emotivo, dei soggetti coinvolti nella vicenda criminosa.

Tuttavia, sarebbe ingenuo e anche pericoloso per la stessa idea della giustizia riparativa se si cedesse ad un facile e superficiale entusiasmo. Il cammino della giustizia riparativa è storicamente – e qui è storia più del futuro o del futuribile che del passato... – costellato da limiti tutt'altro che trascurabili e dal rischio di qualche equivoco.

Cominciando dai possibili equivoci, sono convinto che la sempre crescente circolazione dell'idea riparativa debba essere accompagnata da un lavoro di rigorosa precisazione concettuale della sua ‘essenza’. Innanzitutto, non vanno confuse le *sanzioni* riparatorie con le *pratiche e i metodi* della giustizia riparativa. Non solo le prime hanno pur sempre carattere sanzionatorio mentre le seconde ne sono prive, ma il contenuto riparatorio delle prime è modellato esclusivamente sulle conseguenze civili o al più sulle conseguenze dannose e pericolose del reato. Inoltre, le sanzioni riparatorie – nella loro espressione massima che possono assumere nel sistema – operano spesso come cause di degradazione o attenuazione dell'illecito penale mediante l'utilizzazione di ristori a carattere civilistico: così ad esempio è da dire a proposito del nuovo art. 163 *ter* c.p. (inserito dalla legge 103/2017), col quale si prevede che le restituzioni, il risarcimento del danno e la (eventuale) eliminazione e attenuazione delle conseguenze del reato perseguibile a querela remissibile possano condurre all'estinzione dello stesso. Al più contenuti civilisticamente riparatori possono svolgere un ruolo anche importante che si collo-

ca tra il versante sanzionatorio e quello rieducativo, come probabilmente è il caso ad esempio della sospensione condizionale della pena corredata di obblighi.

Senz'altro più vicine al paradigma della giustizia riparativa sono poi certe pratiche conciliative e mediative che trovano posto all'interno dell'esecuzione penitenziaria o all'interno anche di istituti extramurari: è questa la prospettiva delineata in particolare dalla delega contenuta nella legge 107/2017, là dove si prospetta la «previsione di attività di giustizia riparativa e delle relative procedure, quali momenti qualificanti del percorso di recupero sociale sia in ambito intramurario sia nell'esecuzione delle misure alternative» (lett. *f* del comma 85). Prospettiva, questa, di sicuro interesse in ragione della valenza risocializzante che le pratiche conciliative e mediative possono dispiegare all'interno di istituti a spiccata finalità rieducativa. Ma deve essere chiaro che così la finalità per cui la giustizia riparativa fa il suo ingresso nel sistema sanzionatorio rimane pur sempre circoscritta entro l'orizzonte e la premessa carceraria, essendo evidente che la pena detentiva continua a costituirne la premessa e l'eventuale (infausto) esito.

L'avvenire – non so dire quanto realistico – della giustizia riparativa è, piuttosto, nel senso di aperture che consentano un diretto passaggio dal binario punitivo a quello riparatorio con conseguente sostituzione dell'uno all'altro, nel riconoscimento dell'autonoma finalità della *restorative justice*.

Passando ora ai limiti che il paradigma della giustizia riparativa incontra sulla strada della sua affermazione, si potrebbe dire in sintesi che essi derivano dalla necessità che la prospettiva riparativa coesista con il tradizionale paradigma della giustizia punitiva. Ciò dipende non solo da intuibili ed evidenti ragioni di politica criminale, essendo fuori della realtà che un modo di pensare così radicato nella 'coscienza sociale' qual è quello imperniato sulla *pena* possa cedere il passo ad una visione così profondamente diversa com'è quella riparativa. Vi sono ragioni per così dire strutturali che non possono che far pensare ad una possibile *complementarità tra i due paradigmi*. Intanto, la giustizia punitiva, per il suo ancoraggio ad un'idea di responsabilità e di riequilibrio tra la ferita aperta dal reato e la riaffermazione simbolica della regola, svolge una funzione di stabilizzazione sociale, la cui reale consistenza ci è indubbiamente ignota ma cui sarebbe azzardato rinunciare *d'emblée*. Inoltre, e soprattutto, le pratiche di giustizia riparativa, proprio in quanto rivolte alla composizione di conflitti interpersonali che possono essere della più varia natura, da quelli in ambienti e comunità di lavoro a quelli in rapporti d'amicizia o affettivo-sentimentali istituzionalizzati o meno, hanno un potenziale spettro di utilizzazione che è vasto e indeterminato: si tratta dunque di un campo regolativo nel quale non può essere riassorbito come se nulla fosse il diritto penale con tutti i suoi precetti. I precetti penali, con la loro tendenziale rigidità e precisione di individuazione dei comportamenti devianti socialmente più rilevanti, assolvono una funzione di orientamento e di accreditamento dei valori fondamentali a fini di stabilizzazione sociale, che può essere efficacemente svolta solo dalla (minaccia della) sanzione punitiva. Altro discorso è quello relativo al quanto della essere 'ineluttabile' in concreto l'esecuzione della sanzione punitiva: ed è qui appunto che s'innesta il discorso della *restorative justice* e della sua necessaria complementarità con la pena. Insomma: mentre può essere realistico, anche se proiettato verso il futuro, parlare di un rapporto di coesistenza complementare tra strumenti riparativi e pena, immaginare invece che sia esclusivamente la giustizia riparativa a risolvere ogni patologia sociale dovuta alle interpersonali conflittualità significherebbe lanciarsi sostanzialmente in una prospettiva di radicale abolizionismo decisamente irrealistica anche se affascinante e animata da una nobilissima ispirazione.

E, una volta accettata l'idea della complementarità, si aprono formidabili problemi concernenti la concreta sua modulazione nell'ordinamento. A cominciare dalla scelta dei reati assoggettabili alle pratiche e alle soluzioni mediative: se da un lato si ritiene, infatti, che non vi siano ostacoli funzionali ad un'utilizzazione di quelle pratiche anche rispetto a reati di notevole gravità contro la persona, dall'altro lato è altrettanto evidente che l'indebolimento punitivo che si realizza con la mediazione non può essere facilmente tollerato per la fascia dei reati più gravi. Per concludere con tutti i problemi tecnico-sistematici riguardanti le modalità di "innesto" delle pratiche conciliativo-mediative nella vicenda processuale punitiva e le opzioni tecniche per "chiudere" quest'ultima in presenza del felice esito di quelle.

In conclusione, non c'è dubbio che la crisi è aperta e forse oggi così acuta da non lasciar prevedere che se ne venga fuori senza mutamenti radicali. L'antico edificio illuministico costruito sul carcere è davvero in pezzi; i vecchi e logori veli della mitologia della pena si stanno squarciando. Ma ancora non è affatto chiara la strada che dovremo imboccare nei decenni a venire: come sempre, la consapevolezza storica può aiutarci a non smarrirla del tutto.

Sepolti vivi. Il carcere al tempo delle Pratiche criminali: riti antichi per funzioni nuove

Buried Alive. Prison in the Days of “Practicae Criminales”: Old Rituals for New Functions

LOREDANA GARLATI

*Professore ordinario di Storia del diritto medievale e moderno presso l'Università di Milano-Bicocca
loredana.garlati@unimib.it*

CARCERE, RAPPORTI TRA CARCERIERI E CARCERATI,
FUNZIONI DEL CARCERE, CARCERE E TORTURA,
PRATICHE CRIMINALI

PRISON, RELATIONSHIPS BETWEEN PRISON OFFICERS AND
DETAINEES, PRISON FUNCTIONS, PRISON AND TORTURE,
PRACTICAE CRIMINALES

ABSTRACT

Il saggio intende ripercorrere in chiave storico-giuridica le tappe evolutive del carcere: da strumento destinato ad assicurare la presenza dell'imputato al processo e all'esecuzione della sentenza a luogo di detenzione in forma sanzionatoria. Osservatorio privilegiato di indagine sono le Pratiche criminali di area italiana: un genere letterario di rilevante importanza nell'età moderna, testimonianza insostituibile di quella straordinaria miscela di legislazione, dottrina, giurisprudenza e prassi fondativa del diritto comune. Le Pratiche contengono un'analisi originale del carcere quale luogo di reclusione in attesa di giudizio; dettano linee guida volte a disciplinare i delicati rapporti tra carcerieri e detenuti, ispirati a un misto di garantismo e di terrore; descrivono le modalità e le caratteristiche dei luoghi destinati ad accogliere i prigionieri, per evitare forme di aberrazione e di tortura. In esse si trovano già anticipati i temi che diverranno oggetto di analisi e di dibattito dal Settecento in poi, quando si comincia a individuare nel carcere la pena per eccellenza, emblema di una società civile che ripudia lo splendore dei supplizi dei secoli antecedenti. Eppure, esso continua a mantenere nei secoli i tratti aspri e afflittivi che le Pratiche delineavano (e che, al tempo stesso, cercavano di moderare in un delicato equilibrio tra umanità e repressione). E tutto ciò non può non porre interrogativi anche al giurista di oggi sul tema della condizione carceraria, di fronte alla quale lo storico non può non avvertire echi del passato.

The present essay analyzes the legal and historical evolution of prison: first, a tool designed to ensure that the defendant be present at trial and that the judgment be executed; then, a place of detention with a punishment aim. The chosen point of view is the experience of Italian “Practicae criminales”: a literary genre of great importance in the modern age. It constitutes a unique proof of the extraordinary melting pot of legislation, scholarly works, case law and practices rooted in common law. Within these “Practicae”, prisons as a detention place for those awaiting a final judgment are studied for the first time; there are guidelines to regulate the delicate relationship between prison officers and detainees, to strike a balance between garantism and terror; they describe how the places meant to welcome prisoners and their features should be to avoid mistreatments and torture. There are foresighted descriptions of issues that would later attract debates since the Eighteenth Century on. Then the prison would start being seen as the ultimate punishment in a civil society that rejected the reliance on the “splendeur des supplices” of the previous centuries. Nevertheless, throughout the centuries prison has maintained those sharp and afflictive features underlined in the “Practicae” (which at the same time tried to control them by balancing humanity and repression). This analysis unavoidably presents the contemporary jurist with pressing questions on prison conditions, recalling echoes of the past to the historians.

SOMMARIO

1. Giustizia e pene. – 2. *L'inventio* e le funzioni del carcere nelle *Pratiche*. – 3. L'orrore e il garantismo. – 4. Il vecchio che avanza.

1.

Giustizia e pene.

«Io vidi una donna bellissima, con gli occhi bendati ritta sui gradini di un tempio marmoreo. Una gran folla le passava dinanzi, alzando al suo volto il volto implorante. Nella sinistra impugnava una spada. Brandiva questa spada, colpendo ora un bimbo, ora un operaio, ora una donna che tentava di ritrarsi, ora un folle. Nella destra teneva una bilancia; nella bilancia venivano gettate monete d'oro da coloro che schivavano i colpi di spada. Un uomo in toga nera lesse da un manoscritto: "Non guarda in faccia a nessuno". Poi un giovane col berretto rosso balzò al suo fianco e le strappò la benda. Ed ecco, le ciglia eran tutte corrose sulle palpebre marce; le pupille bruciate da un muco latteo; la follia di un'anima morente le era scritta sul volto. Ma la folla vide perché portava la benda»¹.

Domina la celebre poesia di Edgar Lee Master l'immagine allegorica più nota della Giustizia. Nella iconografia tradizionale essa regge in una mano una bilancia con cui pesa torti e ragioni, mentre con l'altra stringe una spada con cui rivendica il diritto dello Stato di punire i delitti per tutelare se stesso, le leggi e la pubblica pace. La benda posta sugli occhi simboleggia, secondo la ricostruzione più accreditata, l'imparzialità delle decisioni², garantita, nella rappresentazione di *Spoon River*, dal motto pronunciato dall'uomo in toga nera ('non guarda in faccia nessuno'), quasi emblema di uguaglianza giuridica.

All'improvviso però, nel componimento di Lee Master, un gesto inconsulto determina un cambio di scena tragico e amaro, rivelando il volto di una Giustizia preda di una tragica follia. La benda perde qui la valenza di strumento di incorruttibilità, propria di chi giudica incurante del ceto, delle qualità soggettive o della stima sociale, per divenire immagine di una *Domina* o *Dama* simile al caso, che opera senza criterio alcuno³.

Non si può prescindere dal concetto di giustizia (temperata dall'equità, secondo la raffinata costruzione medievale) per affrontare il tema del carcere: giustizia, pena e carcere costituiscono infatti un trittico in cui i singoli elementi sono legati gli uni agli altri in una 'parabola logica' discendente.

Da storica del diritto, e del diritto e del processo penale in particolare, nei miei studi attraverso uomini, società, idee, paesaggi giuridici lunghi secoli: non vi è dubbio che indice del grado di civiltà posso quindi affermare che, da sempre, indicatore del grado di civiltà (non

¹ E. LEE MASTER, *Antologia di Spoon River*, Torino, 1948, 255. La poesia fu scritta nella forma di commento attribuito a un fantomatico giornalista, Carl Hamblim, in ricordo della pronuncia della condanna a morte degli anarchici di Chicago. Costoro, il 1° maggio 1886, avevano manifestato a difesa della rivendicazione da parte delle classi lavoratrici di una giornata lavorativa di otto ore. Per un commento alla poesia cfr. A. PROSPERI, *Giustizia bendata. Percorsi storici di un'immagine*, Torino, 2008, XV-XXI.

² Tale significato fu introdotto da Joos Damhouder nella celebre raffigurazione della Giustizia bifronte. Lo sguardo che volge a destra, libero da ogni costrizione, vede «personas applaudibiles et gratas, nempe favorem, amicos, cognatos, affines, beneficos, et opulentos, et id genus alios, qui omnes Iustitiae faciem in suas partes inclinant, sibi conciliant, et in suam (quam volunt) sententiam protrahunt». A sinistra invece, lato in cui la Giustizia è cieca, «aliae sistuntur personae a superioribus multum diversae, nempe Odium, Paupertas, Egestas, Innocentia, Viduarum tenuitas, Pupillarum debilitas et quicquid denique per se infirmum est, et miserum, nulloque patrocinio sultum, nisi sola spe iustitiae, quae tamen ipsis oculis clementiae claudit» (J. DAMHOUDER, *Praxis rerum criminalium*, Antuerpiae, 1562, cap. CLIII, *De Iustitia*, 435-436. Su Damhouder si veda da ultimo H. MAIHOLD, *Praxis rerum criminalium - Joos de Damhouder*, in *The Formation and Transmission of Western Legal Culture. 150 Books that Made the Law in the Age of Printing*, a cura di S. Dauchy, G. Martyn, A. Musson, H. Pihlajamäki, A. Wijffels, Springer, 2016, 99-102). La Giustizia, *solus Dei*, come la definisce l'autore, sarà pronta a cedere alle lusinghe e alle richieste dei postulanti se vedente; inutilmente, invece, la imploreranno anche coloro che si pongono alla sua destra se essa non potrà fissarli in volto. Non solo in via traslata vi è qui racchiusa l'idea della 'neutralità' della Giustizia, ma, contestualizzando culturalmente l'archetipo della *facies nebulosa* della Bendata (sempre attingendo alle parole di Damhouder), vi era sottesa la volontà di superare la 'giustizia corporativa' (ossia il pluralismo soggettivo legato al sistema di diritto comune) a favore di un sistema di leggi espressione della volontà regia (la giustizia egemonica di apparato, ricorrendo alla terminologia sbriccoliana ormai divenuta patrimonio concettuale comune) e imperniata sull'uguaglianza tra soggetti [M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, I, Milano, 2009, 7-9].

³ Sulle diverse letture dei simboli della giustizia v. A. PROSPERI, *Giustizia bendata cit.*, *passim*; M. SBRICCOLI, *La benda della giustizia. Iconografia, diritto e leggi penali dal medioevo all'età moderna*, in Id., *Storia cit.*, I cit., 155-207. Non è irrilevante che la Giustizia di Hamblim si erga ritto, assumendo un'immagine di potenza e di controllo quasi militaresco sui sudditi, al fine di incutere paura. Infatti, sempre Damhouder, ispirandosi ai passi delle Sacre scritture, riteneva che la Giustizia dovesse dispensare i suoi voti seduta. Solo così poteva disporre con animo quieto e libero, straniato dalle umane passioni e dagli affetti (J. DAMHOUDER, *Praxis rerum criminalium cit.*, cap. CLIII cit., n. 2, 435).

solo giuridica) di un popolo risieda essenzialmente nel sistema sanzionatorio, nella duplice accezione di pena e di luogo fisico di detenzione.

Ogni storia ha un inizio, un “c’era una volta” rimesso alla discrezione del narratore. Il mio si colloca nel momento del passaggio dalla giustizia negoziata⁴ a una giustizia egemonica, per usare le parole di Mario Sbriccoli: un passaggio non netto, ma graduale in cui sul sistema degli accordi privati si sono incistati, conquistando spazi sempre maggiori, elementi che hanno condotto il penale (divenuto mezzo di governo) al controllo centrale pubblico. La pena cessò così di essere lasciata alla gestione dei singoli e il conflitto con sempre minor frequenza fu risolto mediante composizione, riparazione, risarcimento.

Da una giustizia che riposava «sul *consenso*, prima e più che sulla *certezza*»⁵, connotata da paci private, duelli, arbitrati, solo per ricordare alcuni dei variegati sistemi adottati⁶, si giunse all’«indisponibilità del processo» grazie anche alle «trasformazioni che investirono gli assetti istituzionali degli Stati della prima età moderna»⁷.

La soddisfazione del singolo cedette il posto alla tutela del pubblico. La pena assolve così funzioni ‘altre’ rispetto al passato: garantire non tanto l’interesse privato o la pace tra le famiglie, ma la pace in quell’insieme di famiglie che era la comunità sociale nelle sue cangianti declinazioni (comune, signoria, regno, Stato).

La pena quindi divenne via via pubblica, demandata a un giudice il quale, secondo una definizione di Azzone, la irrogava *pro delicti satisfactione*⁸ e in quella «funzione satisfattoria» si sentiva l’eco non ancora spenta della «cultura della vendetta»⁹. «Alberto da Gandino l’avrebbe ripresa alla lettera, aggiungendo significativamente la chiosa che *publice interest ne maleficia remaneant impunita*»¹⁰.

E’ la chiara svolta della funzione punitiva, con quel motto che finirà per avere ripercussioni non solo sul penale sostanziale ma anche nella scelta del rito, determinando la progressiva affermazione dell’inquisitorio come mezzo ordinario di *procedere*¹¹.

2.

L’inventio e le funzioni del carcere.

Nel medio evo e in età moderna pene per eccellenza erano la pena di morte, a cui si ricorreva con funzioni intimidatorie, preventive ed utilitaristiche (tanto da potersi affermare che le ragioni poste da Beccaria a fondamento della sua tesi abolizionista erano le stesse cui ricorrevano i fautori della pena capitale), e le punizioni corporali: marchi a fuoco, mutilazioni, fusti-

⁴ Una terminologia ancora in auge, come dimostrano, ad esempio, alcuni saggi della storiografia recente (L. MARAFIOTI, *La giustizia penale negoziata*, Milano, 1992; S. MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata: l’accertamento della responsabilità nell’applicazione della pena su richiesta delle parti tra ricerca di efficienza ed esigenze di garanzia*, Milano, 2005). Al tempo stesso metodi alternativi alla soluzione dei conflitti quali ‘mediazione, negoziazione assistita (in ambito civile), arbitrato etc.’ ci riconducono a pratiche risalenti; quasi un ritorno alla convizione che la remissione alle parti o il loro coinvolgimento nelle sorti del giudizio conduca agli esiti migliori: una sorta di *win to win*, dove ognuno, cedendo, ottiene qualcosa senza mai perdere di tutto.

⁵ M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale* cit., 6.

⁶ *Duelli, faide e rappacificazioni. Elaborazioni concettuali, esperienze storiche*, a cura di M. Cavina, Milano, 2001; M. CAVINA, *Il duello giudiziario per punto d’onore: genesi, apogeo e crisi nell’elaborazione dottrinale italiana, sec. 14.-16.*, Torino, 20013; M. VALLERANI, *La giustizia pubblica medievale*, Bologna, 2005; M. CAVINA, *Il sangue dell’onore. Storia del duello*, Roma-Bari, 2005; *Stringere la pace: teorie e pratiche della conciliazione nell’Europa moderna (secoli 15.-18.)*, a cura di P. Broggio e M.P. Paoli, Roma, 2011.

⁷ M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale* cit., 9.

⁸ AZZONE, *Summa super Codice et instituta extraordinaria*, a cura di D. Converso, in *Corpus Glossatorum Juris Civilis*, Torino, 1966, vol. II, 343. Troveremo ad esempio ribadita questa finalità anche nella successiva criminalistica, dove si afferma che «*executio est satisfactio quaedam quae fit per condemnatum opera et ministerio publici executorum pro sententiae iam latae observationae*» (P. GRILLANDI, *De relaxatione carceratorum tractatus*, in *Tractatus universi iuris*, t. XI, p. I, [F. Ziletti], 1584, rubr. *De sententiae et poenarum executione*, n. 1, 347).

⁹ M. CAVINA, *La redenzione sul patibolo. Funzioni della pena bassomedievale*, in *La funzione della pena in prospettiva storica e attuale*, a cura di A. Calore – A. Sciumè, Milano, 2013, 95.

¹⁰ A. ZORZI, *La pena di morte in Italia nel Tardo Medioevo*, in *Clio & Crimen*, 4 (2007), 51. In realtà l’autore del *Tractatus de maleficiis* riprende il passo di Azzone sul punto senza aggiungere nulla («*Poenam autem est delicti vel pro delicto satisfactio quae propter delicta imponitur a lege vel a ministro legis*»: A DA GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, in *Tractatus diversi super maleficiis*, Venetiis, 1560, rubr. *De poenis reorum*, 1, 152). E dai continui richiami – disseminati nell’opera – al pubblico interesse per la punizione dei delitti che si deduce il passaggio da una finalità risarcitoria privata a una funzione sanzionatoria tesa a soddisfare un’utilità generale, come indicato nel passo collocato nella rubrica *De transactionibus et pactis in maleficiis*, in cui espressamente si afferma che «*maleficia non debet remanere impunita*» (ivi, n. 13, 139), oppure al n. 36, 298 della rubr. *De multis quaestionibus*, o al n. 3, 284 della rubr. *De poena blasphemantium Deii et sanctos et de periurio*.

¹¹ Di fronte a una storiografia sterminata e a volte stancamente ripetitiva (come dimostrato anche da ultime recenti monografie sul tema dell’inquisizione che, a carattere meramente compilativo e riassuntivo, attingendo a piene mani a opere precedenti, nulla aggiungono di originale a quanto già ricostruito dalla letteratura) vale la pena ricordare il saggio di M. SBRICCOLI, «*Vidi communiter observari*». *L’emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII*, in *Storia* cit., I cit., 73-110.

gazioni, a volte quasi in un'idea dantesca di contrappasso¹² (ad esempio l'estrazione dell'occhio o il taglio delle mani per il ladro, il fuoco per gli eretici, simbolo al tempo stesso delle fiamme dell'inferno ed elemento di purificazione, il taglio della lingua per i bestemmiatori, la lettera scarlatta per l'adultera). Ad un simile scenario non erano estranee né la valenza teologico-religiosa del dolore come strumento di espiatione e quindi di salvezza né una sorta di finalità di prevenzione generale e speciale¹³. Si rendeva infatti riconoscibile (e quindi emarginabile dal consesso sociale attuando anche dinamiche difensive) il soggetto colpevole di delitto.

Ovviamente non mancavano le pene pecuniarie, il bando, l'esilio, la galera o trireme, in una varietà di modalità di infizione di sofferenza che mirava a intervenire sui beni primari del singolo: «vita, bona et fama», come chiaramente enunciato da Paolo Grillandi¹⁴. Manca dal catalogo dei diritti che possono costituire legittimo oggetto del *ius puniendi* il futuro pilastro delle rivendicazioni rivoluzionarie: la libertà.

La domanda che ne consegue è: quale sorte era riservata al carcere?¹⁵ Se è indubbio che esso divenne la forma di sanzione dominante a partire dall'Ottocento (seppur se ne constati la progressiva affermazione già a partire dal Settecento), quale ne fu l'*inventio*, quale l'uso nei secoli precedenti?

E' noto che esso venisse impiegato per lo più come luogo temporaneo di detenzione e di custodia, come insegnava un passo del Digesto (*carcer ad continendos homines non ad puniendos haberi debet*)¹⁶, in attesa di interrogatorio e/o tortura e poi dell'esecuzione della pena. «Con la prigione ci si assicura di qualcuno, non lo si punisce»¹⁷. Le carceri erano «puri e semplici 'depositi' di soggetti per qualche ragione 'devianti'»¹⁸.

Il passo era così chiaro da non poter non influenzare i giuristi medievali e moderni¹⁹, che vi attribuirono una funzione sostitutiva della pena pecuniaria nei casi in cui il reo non avesse di che adempiere al suo debito o a seguito di decisione rimessa all'arbitrio del magistrato. In questo caso il carcere si configurava quale strumento punitivo residuale per reati meno gravi, da annoverare tra le pene 'leggere', quasi forzandone e snaturandone la destinazione primaria di luogo riservato agli imputati a seguito di cattura.

Sono in particolare le *Pratiche criminali* d'età moderna ad offrire suggestivi spunti di riflessione sul tema²⁰. La motivazione dell'interesse rivolto dagli autori di *Pratiche* (magistrati, avvocati, attuari) al tema della carcerazione è esplicitata da Ippolito Marsili: «in agitatione causarum criminalium saepe contingit homines carcerari, ut experientia docet; ideo pro communi utilitate versantium in palatiis aliqua adducam circa dictam materiam carceratorum»²¹.

Le *Pratiche* rappresentano un osservatorio privilegiato per comprendere il ruolo del carcere nel sistema sanzionatorio tra Cinque e Seicento, un ruolo non univoco né tratteggiabile in modo granitico, ma ricco di sfaccettature poliedriche.

Proprio perché destinato alla mera custodia, il giudice, nel disporre la cattura e poi la reclusione, doveva agire con la massima cautela, sicuro dell'esistenza e della gravità del delitto, con la consapevolezza che quel periodo di privazione della libertà in attesa del processo macchiava di infamia il detenuto: un'onta difficile da eliminare, anche in caso di assoluzione²². Un primo (ma non unico) accenno garantistico, racchiuso tra le pieghe di indicazioni, suggerimenti, consigli, disposizioni sulla disciplina da riservare ai carcerati.

¹² Così M. CAVINA, *La redenzione sul patibolo* cit., 104.

¹³ V. A. ZORZI, *Rituali di violenza, cerimoniali penali, rappresentazioni della giustizia nelle città italiane centro-settentrionali (secoli XIII-XV)*, in *Le forme della propaganda politica del Due e Trecento*, Roma, 1994, 410-411.

¹⁴ P. GRILLANDI, *De relaxatione carceratorum* cit., rubr. *De sententiae et poenarum executione*, n. 2, 347.

¹⁵ «Non è tanto il carcere come istituzione ad essere ignorato, quanto la pena dell'internamento come privazione della libertà» [D. MELOSSI, *Istituzioni di controllo sociale e organizzazione capitalistica del lavoro: alcune ipotesi di ricerca*, in *La questione criminale*, 2, 2-3 (1976), 21].

¹⁶ D. 48.19.8.9.

¹⁷ M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. La nascita delle prigioni*, Torino, 1976 [rist. 2014], 129.

¹⁸ R. CANOSA-I. COLONNELLO, *Storia del carcere in Italia dalla fine del '500 all'unità*, Roma, 2000, 15.

¹⁹ Valga per tutti, ad esempio di affermazione incisiva, l'indicazione offerta da Paride del Pozzo, per il quale «de iure prohibetur aliquem diu in carceribus macerari quia non ad poenam sed ad custodiam esse debet carcer» (P. DEL POZZO, *De syndacatu*, Francofurti, 1608, *verb. Carcer et Carceratus*, n. 1, 254).

²⁰ Sul genere letterario delle *Pratiche* mi sia consentito rinviare a L. GARLATI, *Per una storia del processo penale: le Pratiche criminali*, in *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, 89 (2016), 71-109. Nel prosieguo del lavoro ci si limiterà ad un'analisi delle *Pratiche* di area italiana.

²¹ I. MARSILI, *Practica criminalis [...] Averolda nuncupata [...] Hac postera editione recognita [...]*, Venetiis, 1574, § *Attingam*, n. 1, 279.

²² G.B. CAVALLINO, *Actuarium practicae criminalis*, Mediolani, 1616, *pars prima, De poena trabutantis aliquem*, vers. *Judices*, 118.

Determinata l'illegittimità del carcere privato²³ (che si commetteva «da chi con dolo, e animo preordinato a quest'effetto, trattiene alcuno sotto custodia privata per forza»²⁴), in ragione proprio della sottrazione all'individuo di modalità sanzionatorie ormai rimesse esclusivamente nelle mani del potere costituito, il carcere inteso come pena fu dunque per lungo tempo una trascurabile eccezione nel panorama punteggiato dallo splendore dei supplizi *à la Foucault*²⁵.

E così, chi tratteneva un individuo in via privata andava punito perché «carcer est meri imperii et propterea qui privatum carcerem exercet, merum imperium sibi usurpare dicitur». Inoltre «privatus carcer est prohibitus, quia nullus potest habere ius carcerandi, nisi ille, cui a lege est concessum [...] sed scias quod carcer privatus primo erat permissus»²⁶.

Se nessuno dissentiva sulla necessità di un castigo per chi deteneva qualcuno 'da privato', il dibattito risultava invece particolarmente vivace sulla tipologia di pena, che per alcuni coincideva addirittura con la pena capitale, ravvisando in tale reato un'ipotesi integrativa della lesa maestà²⁷. Altri, invece, proponevano interventi sanzionatori più miti.

Marcantonio Bianchi, ad esempio, se condivideva in linea di principio la prima soluzione, al tempo stesso era pronto a risparmiare l'estrema sanzione nel caso in cui l'imputato dichiarasse sotto giuramento di aver proceduto alla reclusione credendo si trattasse di soggetto colpito da bando: «in quo casu si licebat ei eum interficere, poterat etiam eum licite detinere»²⁸.

Giulio Claro, invece, riportava come opinione comunemente condivisa l'infissione della pena capitale a chi si macchiava del reato di carcerazione privata, ma con un discrimine operante nella dottrina più accreditata: nel caso di cattura *ex iusta causa* il fermo ad opera del privato poteva durare fino a venti ore e solo nel caso di superamento di tale termine era possibile applicare la sanzione estrema. Il suddetto spazio temporale perdeva efficacia 'giustificatrice' nel caso di ingiusta carcerazione: si era infatti puniti con la pena capitale anche nel caso in cui si fosse detenuto qualcuno *minori spacio viginti horarum* (il vincolo temporale delle venti ore si trova ribadito in tutti gli autori). Tuttavia, con il consueto giudizio indipendente e spesso contrario all'*opinio communis*, Claro non si dichiarava d'accordo con la previsione della pena di morte, ritenendo che simile reato «mitius puniretur»: ad esempio, con semplice pena pecuniaria²⁹.

²³ «Sciendum est quod non licet alicui privatae personae carcerem habere privatum: nam si aliquis tenet aliquem in carcere privato, sive in domo, sive in agro, imponitur ei poena capitalis. Sed reipublicae interest habere carcerem, in quo homines delinquentes ponantur ad custodiam, donec sententia contra eos fuerit lata. Nota tamen quod cum aliquis accusatus est, in fortiam iudicis manet si quidem sponte confitetur de crimine de quo accusatus est, vel ex officio inquisitus: tunc est ponendus in carcerem ut custodiatur» (B. VITALINI, *Tractatus de maleficiis*, in *Tractatus diversi super maleficiis* cit., rubr. *De carceribus privatis vel fractis et custodibus earum*, n. 1, 588. Su Bonifacio Antelmi, giusperito mantovano la cui opera fu attribuita, fin dalla sua prima edizione a stampa del 1499, a un inesistente Bonifacio Vitalini, v. da ultimo P. MAFFEI, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani* [d'ora in poi *DBGI*], I, Bologna, 2013, 78). Non integravano invece il reato di carcere privato quei comportamenti messi in atto *causa correctionis*, come accadeva nell'ipotesi del marito che si proponeva di esercitare il proprio *ius corrigendi* nei confronti della moglie. Infatti «vir potest corrigere et castigare et in vinculis ponere uxorem» (P. DEL POZZO, *De syndicatu* cit., verb. *Captura*, n. 3, 237), e lo stesso valeva per il padre che intendeva educare il figlio disobbediente (G. GIGANTE, *De crimine lesae Maiestatis*, in *Tractatus universi iuris* cit., I, I, q. XXXV, n. 7, 53); così come non commetteva reato di carcere privato chi teneva rinchiusa una meretrice *gratia libidinis* (E. BOSSI, *Tractatus varii*, Lugduni, 1575, tit. *de Pluribus violentiis*, n. 62, 219). Per una declinazione delle diverse situazioni cfr. P. FARINACCI, *Praxis et theoriae criminalis partis primae tomus secundus*, Lugduni, 1614, *Variarum quaestionum et communium opinionum criminalium*, I, II, tit. IV, *De carceribus et carceratis*, q. XXVII, nn. 25-33, 7-8.

²⁴ M. A. SAVELLI, *Practica universale* cit., § *Carcerati* cit., n. 13, 63.

²⁵ M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire* cit., 35 (questo il titolo del secondo capitolo della prima parte del saggio). Lo avrebbe ricordato in epoca molto più recente Martino Beltrani Scalia, ispettore delle carceri del Regno, direttore generale dal 1879 e con fasi alterne fino al 1898, oltre che fondatore di una rivista interamente dedicata agli studi sul sistema penitenziario: egli evidenziava come il carcere da sempre avesse fatto capolino nella storia delle pene, ma avesse occupato l'ultimo gradino di un'ideale scala gerarchica, giacché veniva adoperato più per assicurare al carnefice la vittima da immolare che come strumento sanzionatorio (M. BELTRANI-SCALIA, *Sul governo e sulla riforma delle carceri in Italia. Saggio storico e teorico*, Torino, 1867, 11-12). Si veda S. RODOTÀ, *Beltrani Scalia, Martino*, in *DBI*, VIII, Roma, 1966, 80-82 e G. TOSATTI, *Beltrani Scalia, Martino*, in *DBGI* cit., I cit., 214.

²⁶ S. GUAZZINI, *Tractatus ad defensam inquisitorum, carceratorum reorum, et condemnatorum super quocunque crimine*, Venetiis, 1639, lib. I, tomo I, *defens.* V, cap. VII, n. 1, 225.

²⁷ La configurazione di carcere privato come reato di lesa maestà (e di conseguenza punito con la sanzione estrema) sul presupposto che *carcer est meri imperii* era sostenuta da G. GIGANTE, *De crimine lesae Maiestatis* cit., I, I, *quaest.* XXXV, 43. Non condivideva tale impostazione il salernitano Follerio, per il quale il reato di carcere privato non poteva essere accusato di usurpata giurisdizione e andava perciò condannato a mera pena corporale, secondo gli statuti (P. FOLLERIO, *Practica criminalis*, Lugduni, 1556, rubr. *Vel carcerentur*, n. 21, 144). L'avvenuta separazione tra il carcere privato (vietato) e il riconoscimento di un *ius puniendi* al potere pubblico è concetto così acquisito nell'età delle *Pratiche* che Scanaroli, dedicando un intero volume al tema, chiarisce l'oggetto della sua trattazione precisando che «quando tractamus de carcere, intelligendum est de publico» dal momento che la carcerazione privata, vietata, era ormai considerata mero affare di predoni, pirati e plagiaristi (G.B. SCANAROLI, *De visitatione carceratorum libri tres*, Romae, 1655, I, I, § III *Carcerati*, cap. II, n. 16, 32).

²⁸ M.A. BIANCHI, *Practica criminalis*, Venetiis, 1556, *Cautela pro reis defendendis*, *Cautela IX*, 159.

²⁹ G. CLARO, *Opera omnia*, Lugduni, 1575, *Liber quintus receptarum sententiarum* (d'ora in poi LV), § *Finalis*, q. LXVIII, n. 32, 462. Nello stesso senso (preferendo quantificare il limite temporale in due giorni anziché in venti ore) G.B. CAVALLINO, *Actuarium* cit., *pars prima*, *De captura*, vers. *Tenens*, 112.

Per contrastare il rigore del *ius civile* (che voleva applicata la sanzione estrema), il toscano Marc'Antonio Savelli si appellava invece alla prassi e alla consuetudine (più che a un'elaborazione personale di pensiero), derogatoria del *ius commune*. L'autore si limitava a constatare che nei fatti «s'impone altra pena più mite ad arbitrio del Giudice, secondo la qualità de' casi, e delle persone»³⁰; in tal modo egli dimostrava la preminenza del 'diritto vivente' su quel grande ma ormai superato affresco che era il diritto giustiniano. A sostegno di un simile assetto del sistema delle fonti, Farinacci testimoniava come la pena capitale per carcere privato fosse un mero retaggio teorico del passato, dal momento che, certifica l'autore, nella pratica «numquam vidi ad mortem condemnatum eum qui solum privatum carcerem exercuit»³¹.

Il carcere (pubblico) era dunque un luogo sicuro per impedire la fuga, orribile per la sporcizia, per il buio e l'isolamento³², come si usava ripetere nel medioevo e come avrebbero ribadito autori più tardi. Proprio perché spazio di temporanea detenzione, qualunque luogo da cui fosse impossibile fuggire era teoricamente idoneo ad essere utilizzato per l'incarcerazione. Bastava adattare ambienti orridi, spesso sotterranei, privi di spazio, luce ed aria, tanto che il napoletano Carlo Antonio De Rosa nel Seicento ne riconduceva l'etimologia sia a *coercere* sia alla circostanza che si trattasse di «locus carens caelo et aere»³³.

Si leva tuttavia da parte dei criminalisti una voce di aspra critica contro la reclusione in ambienti siffatti. Pietro Follerio, ad esempio, nella struttura dialogica che connota il suo volume, affidava al giudice il compito di spiegare la *materia carceris*. Questi non solo ribadiva che il carcere non poteva essere inflitto come pena, ma che il fine di impedire la fuga non era sufficiente a giustificare la prigionia in un luogo sotterraneo. Al contrario, gli spazi destinati ad accogliere quanti erano in attesa di giudizio dovevano essere salubri e tali da consentire alla luce, necessaria a rigenerare le forze, di penetrare³⁴.

Il carcerato, quindi, non poteva essere trattenuto *in loco obscuro, tetro et subterraneo* e doveva essere custodito *liberus et absolutus*, affinché non fosse possibile equiparare la sua carcerazione a una tortura³⁵. Se ragioni di sicurezza giustificavano durante la notte la totale oscurità, al sorgere del sole i detenuti dovevano essere ricondotti «ad luminatum carcerem»³⁶.

Follerio sosteneva che l'eventuale innocente custodito in prigione non doveva patire oltre la misura consentita da una mera detenzione cautelare. E anche nel caso di un carcerato poi dichiarato colpevole la custodia preventiva non doveva rivestire tratti di disumanità e mai assumere i modi e le forme di una celata tortura.

Se la *ratio* di tale affermazione non può presumibilmente essere ricondotta all'idea – di certo anacronistica – di un'elaborazione del concetto di presunzione di innocenza, appare invece evidente che era proprio la destinazione del carcere (cautelare e preventiva) a scongiurare condotte idonee a mettere in pericolo la vita e la salute del singolo.

Per questo, a maggior ragione, era vietato il carcere durissimo, dal momento che chi lo subiva era destinato verosimilmente a morire in pochi giorni (ancora una volta senza contezza o meno della sua colpevolezza, non essendosi celebrato alcun giudizio), né potevano essere imposte catene alle mani o ai piedi *inherentes ossibus* e tali da pregiudicarne il successivo uso

³⁰ M. A. SAVELLI, *Pratica universale*, Venezia, 1697, § *Carcerati, carceri, e catture*, n. 13, 63. Da questa opinione, secondo Guazzini, non si doveva recedere perché «de iure ista opinio verior est» (S. GUAZZINI, *Tractatus ad defensam* cit., lib. I, tomo I, *defens.* V, cap. VII, n. 21, 227).

³¹ P. FARINACCI, *Praxis et theoriae criminalis* cit., l. II, tit. IV, *De carceribus et carceratis*, q. XXVII, n. 35, 8.

³² Nota la definizione contenuta nel *Tractatus multum conductibilis de carceribus*, «pezzo apocrifo attribuito a Baldo dal Diplovatazio, dai *Tractatus Universi Iuris* e da incunaboli d'area francese»: così E. CORTESE, *Baldo degli Ubaldi*, in *DBGI* cit., I cit., 150): «Carcer est locus securus, horribilis, et repertus non ad poenam, sed ad delinquentium vel debitorum custodiam»; sicuro «ne incarcerati effugiant»; orribile «propter conversationis hominum privationem et propter immonditiam», dove «est magna cecitas et obscuritas», destinato alla reclusione perché «de iure civili nemo potest ad perpetuum carcerem damnari» (in *Tractatus universi iuris* cit., 200).

³³ C. A. DE ROSA, *Criminalis decretorum praxis*, Neapoli, 1750, l. I, cap. III, n. 15, 22. La prima definizione era ripresa da Varrone *De lingua latina*, V, XXXIII («Carcer a coercendo, quod exire prohibetur») traslata poi da Isidoro di Siviglia: «Carcer est a quo prohibemur exire, et dictus carcer a coercendo» (ISIDORO DI SIVILGIA, *Etymologiarum sive originum libri XX, XV De aedificis et agris*, II *De aedificiis publicis*, 46): segno di ideale contaminazione espressiva e concettuale tra la cultura 'laica e pagana' di stampo romanistico e quella canonica.

³⁴ P. FOLLERIO, *Practica criminalis* cit., rubr. *Vel carcerentur*, n. 3, 141.

³⁵ Cfr. S. GUAZZINI, *Tractatus ad defensam* cit., lib. I, tomo I, *defens.* VI, cap. I, n. 55-57, 241.

³⁶ P. FARINACCI, *Praxis et theoriae criminalis* cit., l. II, tit. IV, *De carceribus et carceratis*, q. XXVII, n. 96, 15. «Non debet includi in aliquo loco carceris, ut non possit lumen videre de die: sed de nocte debet duplicari custodia: et die adveniente in solis ortu debet ad locum deduci, ut possit lumen diei et claritatem videre, ne poenis carceris moriatur» (B. VITALINI, *Tractatus de maleficiis* cit., rubr. *De carceribus privatis* cit., n. 2, 588). Il diritto canonico aveva espressamente proibito di adibire a carceri luoghi sotterranei o cave, dove freddo ed umidità avrebbero messo in pericolo la vita dei detenuti. Erano considerati colpevoli di omicidio gli ecclesiastici rei di tale comportamento illecito (P. FARINACCI, *Praxis et theoriae criminalis* cit., l. II, tit. IV, *De carceribus et carceratis*, q. XXVII, n. 97, 15). Follerio arricchisce invece le informazioni con un ricordo e un'esperienza personale: «ego autem dum essem Vicemarchio terrae Vasti Aymonis construxi foveam quadam humi depressam per duodecim pedes, reclamantibus omnibus civibus dictae terrae tanquam solitis libere vivere et non subiugo iustitiae» (P. FOLLERIO, *Canonica criminalis praxis*, Venetiis, 1583, cap. XII *Et in carceribus mancipatis*, n. 12, 145-146).

o la deambulazione³⁷.

Nella sua *summa* ricostruttiva delle posizioni dottrinali, delle consuetudini e delle prassi forensi, Farinacci evidenziava tuttavia che quanto enunciato in via di principio poteva poi essere derogato dall'arbitrio del giudice, vero strumento applicativo del diritto. Se quindi *multo magis prohibitum est* rinchiudere nei sotterranei quelle *miserabiles personae* che erano i carcerati, laici od ecclesiastici che fossero, e ferri e legature dovevano essere banditi perché non *pertinet ad simplicem custodiam*, tuttavia in ragione del tipo di delitti di cui si era sospettati e della qualità del soggetto il giudice poteva disporre diversamente. Sicché, se il reato era atroce (variabile a sua volta da definire per il tramite dell'*interpretatio* giurisprudenziale) e la persona vile e potenzialmente in grado di fuggire, si disponevano catene, le quali tuttavia anche in questo caso non avrebbero dovuto provocare dolore, afflizione o tormento³⁸.

Un delitto punibile con la pena di morte 'impondeva' a sua volta un trattamento carcerario *acerrimum*. Questa seconda eccezione alla regola era a sua volta soggetta a restrizioni e precisazioni ulteriori, nel senso che la qualità del reato e della persona, laddove fossero mancate la confessione o la piena prova di colpevolezza, non sarebbe bastata a giustificare l'adozione di modalità punitive contrastanti con la mera custodia; peraltro, anche le *probationes plenae* non sarebbero state requisito sufficiente a legittimare l'apposizione di *ferramenta* qualora il luogo di detenzione avesse offerto garanzie di sicurezza e scongiurato ogni pericolo di fuga. Così, in una sorta di circolo vizioso, si tornava al punto di partenza: ossia si cercava di centellinare inasprimenti incompatibili con la funzione carceraria di custodia, tesa, diremmo oggi, ad impedire la fuga, la reiterazione del reato o l'inquinamento delle prove.

Il tortuoso percorso descrittivo, intercalato da *amplia* e *limita* volti ad amalgamare e armonizzare le diverse opinioni sparse nelle opere dottrinali, nonché le difformi pratiche locali presenti in una realtà territoriale, giuridica e culturale frammentata e disomogenea, confluiva nella massima che «totum prudentis humanique Iudicis arbitrio relinquitur»³⁹. L'arbitrio del giudice, come si è accennato, era il motore vivo del diritto: lo forgiava nella realtà applicativa, generando quell'incertezza contro cui si sarebbe scagliata la polemica antigiusprudenziale illuminista. Al tempo stesso esso veniva invocato come una sorta di *deus ex machina* per risolvere l'intreccio tra regole ed eccezioni, sciogliere le contraddizioni insorgenti tra affermazioni e negazioni. Si rivela così come gli stessi autori delle *Pratiche* (a loro volta costruttori di diritto) si chinassero disarmati di fronte alla discrezione giudiziale: contro tale barriera si infrangevano e si vanificavano le già fragili regole dottrinali che i criminalisti cercavano di dettare e cristallizzare attraverso la *diuturna observantia*.

Non vi è autore che non insista sull'esclusione di trattamenti punitivi associati alla carcerazione (proprio perché luogo di custodia)⁴⁰, anche se (o forse proprio perché) il trattenere qualcuno temporaneamente in carcere mentre se ne decideva la sorte definitiva assumeva già i tratti di una violenza fisica. Tra gli altri, il friulano Francesco Casoni nel Cinquecento o il napoletano Francesco Maradei nel Settecento non esitavano ad equiparare il carcere alla tortura⁴¹. Nel Seicento, l'orvietano Flaminio Cartari invitava altresì a riflettere sul fatto che il carcerato potesse essere *valde turbatus*⁴² nel periodo di reclusione (con tutte le conseguenze che simili asserzioni comportavano relativamente al valore da attribuire alla confessione resa da un imputato in carcere, per alcuni giuristi equiparabile a quella pronunciata sotto tortura

³⁷ P. FOLLERIO, *Practica criminalis* cit., rubr. *Vel carcerentur*, nn. 1-8, 140-141. Nello stesso senso B. VITALINI, *Tractatus de maleficiis* cit., rubr. *De carceribus privatis* cit., n. 2, 588); C. PELLEGRINO, *Praxis vicariorum*, Venetiis, 1681, *Pars quarta, sectio VI* cit., n. 36-38, 370. Legare e incatenare non erano modalità detentive consentite, in quanto ciò «non pertinet ad simplicem custodiam, sed ad poenam» (P. DEL POZZO, *De syndicatu* cit., *verb. Carcer et Carceratus*, n. 16, 251).

³⁸ P. FARINACCI, *Praxis et theoricæ criminalis* cit., l. II, tit. IV, *De carceribus et carceratis*, q. XXVII, n. 103, 16.

³⁹ P. FARINACCI, *Praxis et theoricæ criminalis* cit., l. II, tit. IV, *De carceribus et carceratis*, q. XXVII, nn. 95-103, 15-16. La citazione è al n. 102, 16.

⁴⁰ B. VITALINI, *Tractatus de maleficiis* cit., rubr. *De carceribus privatis* cit., n. 2, 588.

⁴¹ «Carcer est species tortura» (F. CASONI, *De indicis et tormentis tractatus duo*, Venetiis, 1557, *Tractatus de tormentis*, cap. XII *Quomodo et quo moderamine procedatur ad tormenta et de errore Iudicum*, n. 8, 81); «Carcer est species tormenti» (F. CASONI, *De indicis* cit., *Singularia questionum criminalium*, cap. IX *De captura et carcere*, n. 8, 113); «Nedum carcer est species tortura» (F. MARADEI, *Practicae observationes civiles, criminales et mixtae*, Neapoli, 1704, *Observatio LXXVI*, n. 25, 321, ma si veda anche ID., *Tractatus criminalis analyticus*, Neapoli, 1730, *pars II, caput II*, n. 13, 90). Lo stesso dicasi per Ippolito Marsili, *Practica criminalis* cit., § *Expedita*, n. 11, 104.

⁴² F. CARTARI, *Theoricæ et praxis interrogandum reorum libri quator*, Venetiis, 1590, l. II, cap. I, n. 60, 11.

o comunque in condizioni di non libera autodeterminazione⁴³, questione dibattuta e non pacificamente risolta in dottrina⁴⁴). Nei secoli l'endiadi carcere-tortura continuava ad attraversare la scienza giuridica: un'equiparazione insospettabile per quanti ancora si limitano a una rappresentazione 'sanguigna' della criminalistica del maturo diritto comune e di fronte alla quale anche il giurista contemporaneo non può rimanere insensibile.

3. L'orrore e il garantismo.

Il carcere *est mala mansio* (nel senso di abitazione, sosta, tappa o «cattiva stanza», come traduce Savelli⁴⁵) *adeo quod morti aequiparatur si perpetuus sit*⁴⁶. Come con lapidaria efficacia sosteneva Prospero Farinacci con riferimento alla città eterna, «a pluribus carceratis in Urbe saepius audivi, et experientia, quae est optima rerum magistra, quotidie nos docet carcer est sepultura vivorum, consummatio bonorum, consolatio inimicorum et experientia amicorum»⁴⁷. *Domus diaboli* era la definizione di uno «scrittore dimenticato»⁴⁸, difensore dei carcerati, quale il modenese vescovo di Sidone Giovan Battista Scanaroli⁴⁹ il quale, «pur procedendo da esperto giurista, sulla via della giustizia predilige quella della carità»⁵⁰.

Al tempo stesso, proprio per saldare l'esercizio di un potere legittimo alla custodia del detenuto, il carcere doveva rappresentare un luogo «sanctus honestatis et magnae reverentiae, a quo omnis iniuria abesse debet atque Thesaurum vocari [debet] propter publicum bonum quod ex eo Reipublicae sequitur, unde bannitus quia quocumque offendi potest, si carceratus est ab omni molestia tutus erit»⁵¹. Il carcere, quindi, doveva porre l'imputato in attesa di giudizio al riparo da ogni violenza o vendetta privata, ma anche da comportamenti illeciti perpetrati da giudici, pubblici ufficiali o custodi: costoro, rappresentanti del sovrano, dovevano a maggior ragione essere garanti di giustizia e 'protettori' anche di chi fosse sospettato d'aver violato il patto di legalità.

Suggerite da queste preoccupazioni, non mancano nelle *Pratiche criminali* precisazioni interessanti circa il ruolo, i compiti e il rapporto tra carcerieri e carcerati.

In primo luogo si chiedeva alle guardie di adottare un comportamento ispirato a umanità e benignità⁵².

⁴³ Per il salernitano Pietro Follerio, in ragione dello stato di costrizione e di timore in cui versava il detenuto, la confessione resa in carcere e in catene non poteva essere considerata spontanea (P. FOLLERIO, *Practica criminalis* cit., rubr. *Et si confitebuntur*, n. 62, 310). Per Francesco Bruni solo la privazione di cibo durante la detenzione poteva rappresentare un inasprimento tale da rendere la reclusione simile ad una tortura; in caso contrario nessuna assimilazione poteva avvenire tra una confessione ottenuta in carcere e quella avvenuta per paura dei tormenti (F. BRUNI, *Tractatus de indicis et tortura*, Lugduni, 1546, p. II, q. II, n. 4, p. 59). Nello stesso senso L. CARERIO, *Practica causarum criminalium*, Lugduni, 1562, § *De indicis et tortura*, n. 5, 77. Per Casoni non bastava la fame ad aggravare la condizione del detenuto (e quindi a privare le sue dichiarazioni dell'attributo della spontaneità), ma occorreva che egli patisse anche il freddo (F. CASONI, *De indicis* cit., *Tractatus de tormentis*, cap. XIX *De confessione metu tormentorum et errore Iudicum*, n. 6, 90), anche perché, nella visione del giurista friulano, il giudice, adempiendo al suo dovere di visitare e prendersi cura dei carcerati, doveva evitare che questi fossero privati dei beni primari di sostentamento o di quanto necessario per la sopravvivenza; nel caso di un detenuto indigente, sprovvisto di mezzi di sussistenza, spettava al suo accusatore *alere eum* (F. CASONI, *De indicis* cit., *Singularia questionum criminalium* cap. IX *De captura et carcere*, n. 16, 114). Tuttavia, fedele alla massima sostenuta, secondo la quale il carcere si sostanzialmente in una forma di tortura, Casoni ne faceva conseguire che la confessione resa dal carcerato, pur senza che questi fosse sottoposto ad alcun tipo di tormento, non potesse considerarsi spontanea (F. CASONI, *De indicis* cit., *Tractatus de tormentis*, cap. XIX *De confessione metu tormentorum et de errore Iudicum*, n. 7, 91). Dissentiva da questa posizione Giulio Claro, per il quale non poteva considerarsi estorta *metu tormentorum* la confessione resa in carcere, dal momento che quasi tutti coloro che confessavano durante l'interrogatorio erano trattenuti in carcere: accogliere un simile orientamento significava distruggere ogni processo criminale e vanificare il lavoro istruttorio (e probatorio) (G. CLARO, *LV* cit., § *Finalis*, q. LXIV, n. 32, 449). Follerio per di più, oltre a richiedere un'ispezione costante, precisava anche il dovere del giudice, durante queste visite, di liberare quanti ritenesse incarcerati senza giusta causa, *ex mero arbitrio*, indipendentemente dall'esistenza di una petizione (P. FOLLERIO, *Practica criminalis* cit., rubr. *Vel carcerentur*, nn. 15-16, 142-143).

⁴⁴ Mi permetto di rinviare a L. GARLATI, *Miti inquisitori: la confessione tra ricerca della verità e 'garanzie processuali'*, in *Confessione, liturgie della verità e macchine sanzionatorie*, a cura di L. Luparia - L. Marafioti, Torino, 2015, 63-93.

⁴⁵ M. A. SAVELLI, *Practica universale* cit., § *Carcerati* cit., n. 9, 63.

⁴⁶ Ivi; E. BOSSI, *Tractatus varii* cit., tit. *de Carcere*, n. 1, 15; P. FARINACCI, *Praxis et theoriae criminalis* cit., I. II, tit. IV, *De carceribus et carceratis*, q. XXVII, n. 1, 3.

⁴⁷ P. FARINACCI, *Praxis et theoriae criminalis* cit., I. II, tit. IV cit., q. XXVII, n. 2, 3.

⁴⁸ Così R. CANOSA-I. COLONNELLO, *Storia del carcere* cit., 37. All'autore e alla sua opera sono dedicate le pp. 37-46.

⁴⁹ G. B. SCANAROLI, *De visitatione carceratorum* cit., I. I, § II *Carcer*, cap. I, n. 13, 5.

⁵⁰ C. C. FORNILI, *Delinquenti e carcerati a Roma alla metà del '600. Opera dei Papi nella riforma carceraria*, Roma, 1991, 121.

⁵¹ C. A. DE ROSA, *Criminalis decretorum praxis* cit., I. I, cap. III, nn. 23-24, 22.

⁵² «Custodes debent cum humanitate et benignitate tractare carceratos, non suam crudelitatem vendere precio, vel gratia, nec eos affligere fame, vel angustia, vel siti, vel subtrahendo eis audientiam et non permettendo eis loqui vel ponendo eos in aliquo malo loco, vel occulto, ut non possit audiri si clamaverint, ad hoc ut fame vel siti pereant: et si talia fecerint, debent capitali poena puniri» (B. VITALINI, *Tractatus de maleficiis* cit., rubr. *De carceribus privatis* cit., n. 4, 588).

Inoltre, era prevista la loro punizione qualora intrattenessero rapporti sessuali (anche senza ricorso alla violenza) con donne incarcerate⁵³. Contraddicendo l'opinione comune, secondo la quale la sanzione si applicava nel solo caso in cui l'atto sessuale ricadesse su donne oneste, per alcuni autori erano meritevoli di sanzione anche relazioni tra carcerieri e meretrici: lo *status* o la *fama* della donna non era sufficiente a renderla 'oggetto disponibile', presupponendo o considerando irrilevante il suo consenso. In ragione del luogo (che doveva garantire sicurezza) e del dovere di tutela⁵⁴ non vi era possibilità di riconoscere l'impunità al 'guardiano', indipendentemente da ogni altra considerazione.

Accanto ad una dottrina che rivendicava la totale esenzione dalla pena per il custode che si unisse a donna carcerata *levis vitae*, si andava quindi affermando un altro orientamento, che aveva in Paride del Pozzo il proprio capofila. L'autore rivendicava sul punto la propria libertà di pensiero («tamen ego dicerem contrarium») rispetto alla *communis opinio*, passata in rassegna e riprodotta nella sua opera. Attraverso un processo argomentativo analogico, del Pozzo sosteneva che al pari del bandito (il quale poteva essere ucciso impunemente quando si poneva *extra protectionem principis*, ma non era invece soggetto ad offesa quando si trovava in carcere *sub protectione curiae*), anche la meretrice, che *potest impune cognosci*, non poteva essere violata *dum est in carcere iudicis*⁵⁵.

La qualità della donna tornava invece a rilevare ai fini della determinazione della pena: nel caso di rapporto carnale con donna onesta la pena era arbitrariamente decisa dal giudice «cum a iure non sit aliqua poena determinata»; nel caso di meretrice, qualora non vi fosse stata violenza, il pubblico ufficiale «esse leviter puniendum»⁵⁶. Non riteneva opportuna simile distinzione Pellegrino, per il quale, trattandosi di carcerate che erano sotto la protezione dell'autorità pubblica, di mala o buona fama che fossero, la loro violazione comportava nei confronti di *custodes fideles* una punizione *acerrima*⁵⁷.

A fronte di queste indicazioni volte a dettare la disciplina di una detenzione ispirata a ragionevolezza e benevolenza, agiva una contestuale funzione intimidatoria nei confronti dei carcerieri. Costoro erano minacciati di condanna a morte nell'ipotesi di fuga del carcerato⁵⁸,

⁵³ Per Claro la punizione non doveva consistere nell'impiccagione, come accadeva in Francia, ma in tre tratti di corda, secondo lo *stylus* del Senato di Milano di cui egli era illustre esponente (G. CLARO, LV cit., § *Fornicatio*, n. 24, 207).

⁵⁴ Così G. CLARO, LV cit., § *Fornicatio*, n. 24, 207.

⁵⁵ P. DEL POZZO, *De syndacatu* cit., *verb. Adulterium*, nn. 3-6, 148-149). Nello stesso senso E. BOSSI, *Tractatus varii* cit., tit. *de Coitu damnato*, n. 40, 231; Follerio («Est verum, quod carcerati sunt in protectione curiae, quod si aliqua meretrix publica reperiatur carcerata, cognoscens eam carnaliter punitur, ac si cognovisset mulierem honestam»: P. FOLLERIO, *Practica criminalis* cit., rubr. *Vel carcerentur*, n. 25, 144); Carerio (per il quale, se *lascivia sive libido* potevano agire da attenuante in caso di omicidio, non erano scusanti opponibili nell'ipotesi di rapporto sessuale con detenuta anche se dedita alla prostituzione: L. CARERIO, *Practica causarum criminalium* cit., § *De homicidio et percussione*, n. 2, 187). Per Pietro Cavallo, invece, la punizione, da ammettere sempre, si fondava su un'equiparazione di funzione tra il carceriere e il tutore: come il secondo era da condannare qualora violasse la propria pupilla, identico principio valeva per il carceriere, gravando su questi il medesimo compito di curare, custodire e proteggere (P. CABALLO, *Resolutionum criminalium*, Francoforti, 1613, cent. III, cas. CCLXXXIII, 173-175).

⁵⁶ Così S. GUAZZINI, *Tractatus* cit., lib. I, tomo I, *defens. VI*, cap. I, n. 58, 221. Tuttavia la soluzione si trova teorizzata tra gli altri in I. MENOCHIO, *De arbitrariis iudicium quaestionibus et causis libro duo*, Coloniae, 1586, lib. II, cent. III, cas. CCXCII, 410-411; O. CAVALCANI, *De brachio regio*, Marpurgi, 1607, p. II, n. 154, 153. De Rosa contestava Farinacci il quale aveva suggerito per il carceriere una pena arbitraria (P. FARINACCI, *Praxis et theoriae criminalis* cit., l. II, tit. IV cit., q. XXXI, n. 123, 92). Per il giurista napoletano, invece, la pena da infliggere doveva essere maggiore di quella prevista per stupro o altro reato simile, perché il comportamento illecito del carceriere era in assoluto più riprovevole: egli rompeva «*carceris honestatem et custodiae fidem*». Di conseguenza, a giudizio dell'autore, a costui dovevano essere applicati l'esilio o altra simile sanzione degradante, oltre alla privazione di ogni pubblico ufficio. La ricomprensione della meretrice entro questo rigido quadro sanzionatorio si fondava non già sull'ingiuria derivante dalla violazione di una presunta castità (fisica o morale), ma «*ratione loci qui sanctus dicitur*» (C. A. DE ROSA, *Criminalis decretorum praxis* cit., l. I, cap. III, n. 28, 23).

⁵⁷ C. PELLEGRINO, *Praxis vicariorum* cit., *Pars quarta, sectio VI* cit., n. 61, 373. Sul tema della detenzione femminile alcuni autori erano intervenuti, prevedendo anche in questo caso il carcere pubblico e non più la reclusione in monastero come nel passato, con la previsione, tuttavia, di strutture distinte per genere: M.A. BIANCHI, *Practica criminalis* cit., n. 27, 5; B. VITALINI, *Tractatus de maleficiis* cit., rubr. *De carceribus privatis* cit., n. 3, 588; T. GRAMMATICO, *Decisiones*, Venetiis, 1551, *decisio XXXIII*, n. 11, 37; P. FOLLERIO, *Practica criminalis* cit., rubr. *Vel carcerentur*, n. 9, 141 e rubr. *Notatus capiat de persona* n. 18, 34. Claro, pur concordando con tale soluzione, aggiungeva un'ulteriore cautela: invitava infatti il giudice a valutare se in caso di donna nobile od onesta, tale da ricevere disdoro dalla *mala* promiscuità propria della detenzione, non fosse preferibile una detenzione *domi*, ossia una sorta di domiciliari, sempre si trattasse di accusa riguardante delitti non gravi o atroci, («[iudex] poterit ei [scil. donna] dare pro carcere domum alicuius nobilis et honestae matronae sub idonea fideiussione»: G. CLARO, LV cit., § *Finalis*, q. XXVIII, n. 3, 320-321).

⁵⁸ In una sorta di ricerca di equiparazione, il toscano Marc'Antonio Savelli riteneva invece che il custode, come chiunque avesse in qualche modo favorito, istigato, consigliato la fuga del carcerato, doveva essere condannato alla medesima pena prevista per il reo (M. A. SAVELLI, *Practica universale* cit., § *Carcerati* cit., n. 7, 63).

a meno di non riuscire a dimostrare che ciò non fosse imputabile a loro negligenza⁵⁹. La previsione di una pena (qualunque essa fosse, fino a quella estrema) finiva per creare una sorta di corto circuito, inducendo il custode ad adottare ogni strategia o strumento o comportamento atto a ridurre all'obbedienza il detenuto ed evitarne la ribellione e la fuga: atteggiamento che rendeva fatalmente più deboli, fino forse a vanificarli, i precetti di *benignitas* qui predicati. Del resto, le fonti *lato sensu* giurisprudenziali dell'età moderna non dettavano certo regole vincolanti: consuetudini e dottrina modulavano criteri intrinsecamente flessibili, deboli argini pronti ad essere rotti da prassi ed usi diversi.

L'evasione del detenuto in attesa di giudizio configurava a sua volta una questione destinata ad essere scomposta e ramificata in ulteriori punti oggetto di analisi.

Non mentiva Farinacci quando affermava che sulla questione i «varii doctores varia dixerunt et adeo confuse». Ognuno aveva offerto una soluzione diversa sulla base di interpretazioni individuali che man mano si arricchivano di nuovi stimoli e nuove prospettive⁶⁰, tanto da far chiedere all'autore: «Quid ergo dicendum in tanta opinionum varietate?»⁶¹, fino alla consueta e quasi scontata conclusione cui si era soliti giungere di fronte ad una legislazione assente o lacunosa e a soluzioni rimesse all'autorevolezza dei suoi sostenitori: chi fuggiva dal carcere era punito con pena arbitraria⁶².

Gli interrogativi riguardavano da un lato la possibilità di assimilare la fuga alla confessione⁶³, fino a disporre per l'evaso la stessa pena prevista per il delitto ascrittogli (sanzione da scontare anche nell'ipotesi in cui si fosse dimostrata la sua estraneità ai fatti che ne avevano

⁵⁹ P. DEL POZZO, *De syndicatu* cit., *verb. Carcer et Carceratus*, 244-252. La declinazione stessa di 'custodia diligente' poneva però un problema di coerenza nella trattazione: si considerava infatti diligente il carceriere che teneva legato e in catene il detenuto, ma, come si è precisato, catene e legature potevano risultare a loro volta illecite se adottate senza il rispetto di alcuni presupposti (l'ammissibilità, ad esempio, contemplata solo per i reati più gravi) e modalità. Cfr. M. A. SAVELLI, *Pratica universale* cit., § *Carcerati* cit., nn. 6-8, 63. Opera una differenziazione chiara Vitalini, per il quale occorreva distinguere tra una fuga del carcerato «per fraudem custodis», evento che rendeva il carceriere meritevole della pena di morte, e una fuga dovuta a 'mera' negligenza da sanzionare con la stessa pena prevista per il carcerato (B. VITALINI, *Tractatus de maleficiis* cit., rubr. *De carceribus privatis* cit., n. 7, 589). L'elaborazione dell'elemento soggettivo del reato, pur in un'opera non a trattazione teorico-sistematica, era il criterio con il quale De Rosa determinava il grado di responsabilità, e quindi di colpevolezza, del carceriere e la conseguente pena, rapportata al 'tasso' di dolo e colpa (lievissima, lieve, lata): C. A. DE ROSA, *Criminalis decretorum praxis* cit., I, I, cap. III, nn. 40-41, 24. Sui tre gradi di colpa mi permetto di rinviare a L. GARLATI, *Inseguendo la verità. Processo penale e giustizia nel Ristretto della Pratica criminale per lo Stato di Milano*, Milano, 1999, 70-72 e relative note. Pellegrino, pur affermando che nel Regno di Napoli il custode negligente era punito con un anno di carcere e la confisca dei beni, riservando la pena di morte qualora ricorresse il dolo, asseriva che *hodie de consuetudine* si irrogava la stessa pena prevista per il fuggiasco (C. PELLEGRINO, *Praxis vicariorum* cit., *Pars quarta, sectio VI* cit., n. 75, 375).

⁶⁰ P. FARINACCI, *Praxis et theoricæ criminalis* cit., I, II, tit. IV cit., q. XXX, n. 1, 55.

⁶¹ P. FARINACCI, *Praxis et theoricæ criminalis* cit., I, II, tit. IV cit., q. XXX, n. 23, 58.

⁶² Per un'analitica dissertazione P. FARINACCI, *Praxis et theoricæ criminalis* cit., I, II, tit. IV cit., q. XXX, nn. 22-31, 58-59.

⁶³ La posizione più semplice e lineare consisteva nell'equiparare la fuga ad una piena prova di colpevolezza, secondo il congegno di prove legali proprio del rito inquisitorio. Di conseguenza *qui ex carceribus aufugit habetur pro confesso et convinto de eo crimine de quo est imputatus* (formula tipica della criminalistica del tempo). Cfr., ad esempio, quali adesivi a simile orientamento: F. CASONI, *De iudiciis* cit., *Singularia questionum criminalium*, cap. IX *De captura et carcere*, n. 21, 114; G.B. CAVALLINO, *Actuarium* cit., *pars prima, De poena trahentis aliquem*, *vers. Quando autem*, 116. Non mancano autori che strutturano il loro ragionamento in modo più articolato. Per Carerio, ad esempio, l'elemento di discriminare per decidere se e come punire andava individuato nelle modalità della fuga («fracto carcere et ruptis ferri seu cippis cum conspiratione»: L. CARERIO, *Practica causarum criminalium* cit., § *De iudiciis et tortura*, n. 33, 52). Egli s'ispirava a Marsili, per il quale il carcerato fuggiasco era equiparato al reo confesso e meritava la pena di morte (I. MARSILI, *Practica criminalis* cit., § *Attingam*, nn. 44 e 37, 286), a meno che la sua evasione non fosse facilitata da un'opportunità imperdibile: approfittare della porta della cella lasciata spalancata. In questo caso si ricorreva ad una pena più mite non essendo possibile l'assimilazione della fuga ad una confessione (I. MARSILI, *Practica criminalis* cit., § *Attingam*, nn. 37 e 45, 286). Su posizioni analoghe Paolo Grillandi, per il quale solo «quando intervenit fractura carceris» si aveva un reo confesso e convinto, ma se si evadeva da una porta o da una finestra lasciata aperta la massima non valeva (P. GRILLANDI, *De relaxatione carceratorum* cit., rubr. *De fuga incarcerati*, n.7, 353). Per Farinacci era da considerarsi *effractor* non solo chi «fracto muro seu ianua carcerum aufugit», ma anche chi «aufugit fractis vinculis et compedibus per apertum ostium seu fenestram» oppure calandosi con funi o altro lungo le mura del carcere (P. FARINACCI, *Praxis et theoricæ criminalis* cit., I, II, tit. IV cit., q. XXX, nn. 82-83, 65). Per Claro e altri invece occorreva distinguere tra un *carceratus legitime detentus*, per il quale la massima comune era applicabile, e un *carceratus indebite*: l'evasione di quest'ultimo non equivaleva a confessione, ma non doveva neppure essere punita (G. CLARO, LV cit., § *Finalis*, q. XXI, nn. 25-27, 306-307). Con uno sguardo rivolto alla pratica locale (una delle ricchezze del genere letterario qui esaminato), Claro precisava che, se per dottrina comune la fuga veniva opposta come confessione e conseguentemente comportava l'applicazione della pena ordinaria, questo non accadeva a Milano, dove il Senato, massimo organo di giustizia, preferiva operare un'ulteriore distinzione: solo nel caso di persistente contumacia la fuga equivaleva a *ficta confessio* con le conseguenze che ne derivavano; qualora il fuggiasco fosse stato invece catturato o si fosse consegnato spontaneamente non veniva condannato in ragione della sola fuga, «sed tantum gravius» torturato (G. CLARO, LV cit., § *Finalis*, q. XXI, n. 25, 306). Una dettagliata descrizione dei requisiti necessari perché la fuga del carcerato integrasse o, al contrario, escludesse un'ipotesi di *ficta confessio* si trova in P. FOLLERIO, *Practica criminalis* cit., rubr. *Et si confitebuntur*, nn. 45-67, 373-376 e in P. FARINACCI, *Praxis et theoricæ criminalis* cit., I, II, tit. IV cit., q. XXX, nn. 7-21, 56-58.

determinato la cattura e la conseguente custodia)⁶⁴; dall'altro l'eventuale riconoscimento di impunità al carcerato che, ingiustamente recluso, cercando una salvezza che non poteva essere conseguita diversamente, uccideva durante la fuga il proprio carceriere⁶⁵, attuando una sorta di difesa legittima a fronte di un abuso di potere. In questo caso era lecito fuggire «nonostante che al custode delle carceri o a sbirri possa avvenire qualche danno» dal momento che il carcerato «si serve del ius che ha, non di resistere con violenza, ma di fuggire la morte [...] tanto è l'amore per la vita»⁶⁶; come affermano le fonti del tempo, era lecito per il carcerato *redimere sanguinem suum* con ogni mezzo, dalla fuga alla corruzione del giudice⁶⁷.

Per Iacopo Novello la *ratio* della liceità del comportamento non era da individuarsi nella necessità di difesa, ma nell'impossibilità di considerare integrata l'ipotesi di omicidio, la cui fattispecie richiedeva il dolo. Nel caso descritto esisteva una causa sufficiente a escludere il dolo, e di conseguenza un omicidio; ma se ciò bastava a rendere inapplicabile la pena di morte non era sufficiente a far considerare non punibile l'evaso. Una sanzione doveva essere irrogata, ma ad arbitrio del giudice⁶⁸.

A testimonianza della varietà della prassi, spesso non aderente alle posizioni teoriche, Marc'Antonio Savelli precisava che in Toscana, nonostante la non sanzionabilità degli evasi ingiustamente carcerati fosse «vera di ragion comune», si seguiva una linea diversa nel momento applicativo, preferendosi la previsione di una pena arbitraria alla assoluta impunità dei carcerati⁶⁹. Il principio era valido solo se la liberazione poteva avvenire tramite appello o ricorso a un giudice superiore, ossia in una società, potremmo dire, dotata di un assetto giurisdizionale relativamente stabilizzato; qualora invece gli imputati «fussero in mano di qualche Tiranno e con ci fusse altro rimedio per scampare la vita, crederci fusse vera» la soluzione prospettata dalla dottrina maggioritaria, a sottolineare il valore di un'amministrazione della giustizia operata in nome e per conto di un potere legittimo⁷⁰. In questa riflessione si saldavano forma di governo (distinguendo la monarchia dalla tirannia e prevedendo in questo caso un ritorno al 'farsi giustizia da sé', anche attraverso la ribellione agli atti posti in essere) e liceità dell'operato del sistema giudiziario (che comportava invece obbedienza e rispetto da parte dei sudditi).

Se lo stesso si dice per il Regno di Napoli, dove la punizione del carcerato fuggito grazie ad un atto di violenza esercitato nei confronti dei custodi era sanzionato con pena arbitraria, De Rosa attestava invece di aver visto più di una volta applicata la pena di morte (secondo la previsione del *ius civile* smentita e derogata dalla prassi comune) «quia carcer M.C. [Magna Curia Vicariae, di cui egli era magistrato] est supremi Tribunalis, ideoque iniuria maior est»⁷¹.

In tanta abbondanza di soluzioni difformi, dalla dottrina proveniva una precisazione di rilievo, attorno alla quale si creava un consenso condiviso: occorreva distinguere tra una car-

⁶⁴ P. FARINACCI, *Praxis et theoricæ criminalis* cit., I. II, tit. IV cit., q. XXX, n. 38, 59. Pur riportandola come possibile (e in alcune realtà praticata), Farinacci riteneva assurda una simile opzione che puniva nello stesso modo il fuggitivo innocente del reato attribuitogli, non convinto né confesso e che avrebbe potuto difendersi dall'imputazione, e quello colpevole, convinto e confesso: i due soggetti, pur condividendo la medesima condizione di evasi, non potevano essere assimilati ai fini sanzionatori, perché si sarebbe finito per aggravare di più la condizione di chi «non esset vere reus et innocens» rispetto a quella di un criminale; e ciò in contrasto con la regola secondo cui «ubi maior est culpa, ibi etiam maior debet esse poena» (P. FARINACCI, *Praxis et theoricæ criminalis* cit., I. II, tit. IV cit., q. XXX, n. 38, 59).

⁶⁵ P. DEL POZZO, *De syndacatu* cit., verb. *Captura*, n. 5, 232; M. A. BIANCHI, *Practica criminalis* cit., n. 60, 117; I. MENOCHIO, *De arbitrariis* cit., lib. II, cent. IV, cas. CCCI, nn. 15-16, 416; I. MARSILI, *Practica criminalis* cit., § *Diligenter*, n. 56, 70 e § *Attingam*, n. 40, 286; L. CARERIO, *Practica* cit., § *De homicidio et percussione*, n. 1, 219. Una posizione granitica senza possibilità di eccezione era sostenuta da Vitalini, per il quale il carcerato che per conquistare la libertà uccideva il carceriere meritava sempre la pena capitale, mentre l'evaso non omicida poteva essere punito con la pena prevista per il reato del quale era sospettato sommata a quella prevista per la fuga, anche nel caso in cui fosse risultato alla fine innocente, dal momento che la sua fuga equivaleva a una confessione (B. VITALINI, *Tractatus de maleficiis* cit., rubr. *De carceribus privatis* cit., nn. 7-12, 589). Farinacci (P. FARINACCI, *Praxis et theoricæ criminalis* cit., I. II, tit. IV cit., q. XXX, n. 129, 71) riteneva si dovesse verificare una di queste due condizioni per garantire l'impunità al 'fuggiasco omicida': che fosse nota l'ingiustizia della carcerazione e che il carcerato fosse in evidente pericolo di morte e non avesse altro modo per evadere che uccidere i custodi. Se l'innocenza poteva essere dimostrata in altro modo, ad esempio con testimoni a favore, per Farinacci era difficile accettare la totale impunità dell'evaso. Era preferibile l'applicazione di una pena straordinaria ad arbitrio del giudice, ravvisandosi una sorta di eccesso di incolpata tutela (nn. 132-133, 72).

⁶⁶ G. MANARA, *Notti malinconiche nelle quali con occasione di assistere a condannati a morte si propongono varie difficoltà spettanti a simile materia*, Bologna, 1658, interrogazione CLXXVI, 288.

⁶⁷ I. MARSILI, *Practica criminalis* cit., § *Attingam*, n. 40, 286 (il quale rimandava per l'uso dell'espressione e del concetto a OLDRAO DA PONTE, *Consilia seu responsa*, Francofurti, 1576, cons. LIII, n. 11, 23; questi, dal suo canto, riconduceva il principio secondo il quale «unicuique redimere sanguinem suum, quomodocumque potest» a Ulpiano [D. 48.21.1]); G.B. CAVALLINO, *Actuarium* cit., pars prima, *De poena trabutantis aliquem*, vers. *Quinimo sit*, 117; L. CARERIO, *Practica causarum criminalium* cit., § *De homicidio et percussione*, n. 20, 114.

⁶⁸ I. NOVELLO, *Tractatus aureus. Defensionem omnium eorum adversus quascunque accusationes et inquisitiones pro quibuscunque criminibus docens*, Lugduni, 1556, nn. 115-116, 620.

⁶⁹ M. A. SAVELLI, *Practica universale* cit., § *Carcerati* cit., n. 3, 63.

⁷⁰ Ivi, n. 4, 63.

⁷¹ C. A. DE ROSA, *Criminalis decretorum praxis* cit., I. I, cap. III, n. 30, 23.

cerazione *iusta* e una *iniusta*⁷², laddove per carcerazione ingiusta si intendeva la violazione e il mancato rispetto da parte del giudice dell'*ordo iuris*, quindi la mancata osservanza delle regole formali riguardanti la cattura⁷³. Solo in questo caso non solo per il *reus* era lecito fuggire ma anche *impune offendere et occidere custodes*. Farinacci considerava quasi un imperativo morale la fuga per quanti subivano il carcere ingiustamente e che, altrettanto ingiustamente, rischiavano una condanna a morte (un'annotazione che in fondo svelava la possibilità dell'errore giudiziario e la non totalmente cieca fiducia nell'acquisizione della verità da parte del rito inquisitorio, teso invece alla sua piena affermazione). Il *carceratus iniuste* non solo poteva fuggire, ma *nec tenetur ad aliquid etiam in foro conscientiae*. Senza peccato e senza pena: era questa la condizione di chi si procurava da sé quella libertà negata dalla giustizia. «Et isto casu non solum fugiendo non peccat, verum etiam non fugiendo, si potest, peccat, quia tenetur fugere et non debet expectare iniquam iudicis condemnationem». La *ratio* di un'enunciazione così forte rispondeva ad una profonda matrice religiosa. Chi infatti rimaneva in carcere in attesa di una morte tanto certa quanto ingiusta (anzi, iniqua) pur avendo l'occasione e l'opportunità di evadere commetteva reato di suicidio: «sui ipsius homicida est», concludeva lapidariamente l'avvocato romano⁷⁴. E come tale non meritava neppure il perdono divino.

L'elaborazione dottrinale si svolgeva quindi lungo due direttrici teoriche tanto sottili quanto profonde (e in un certo senso interdipendenti). Vi è il tema del tradimento dell'*aequitas* (che impedisce alla norma o alla condotta umana di essere rappresentativa della giustizia), preponderante elemento di discriminazione per decidere se e come punire (se ne è dato un saggio anche con riferimento al carcere privato). Vi sono le diverse conseguenze previste per chi evade da innocente o da ingiustamente recluso. Le due condizioni non appaiono sempre perfettamente sovrapponibili: il rispetto delle regole procedurali non comportava sconti di pena nei confronti dell'evaso non colpevole del reato addebitatogli. La violazione da parte dello stesso Stato della correttezza formale provocava invece l'accettazione non solo della fuga dell'innocente ma pure delle uccisioni necessarie per conseguire la libertà. Un modo per ristabilire quella giustizia infranta e quasi profanata da chi per primo avrebbe dovuto costituirne il depositario.

Il vecchio che avanza.

4.

E' necessario tuttavia precisare a questo punto che mentre i civilisti, fedeli all'insegnamento giustiniano sopra ricordato, continuavano a concepire il carcere quale luogo di custodia, furono i canonisti a legittimare il carcere quale pena, come risulta ad esempio dal *Liber Sextus* di Bonifacio VIII⁷⁵ o dalle indicazioni sinodali⁷⁶.

Per coloro cui creava conflitto di coscienza ordinare la privazione di quella vita ritenuta sacra e nella disponibilità della sola divinità, il carcere consentiva di conseguire scopi precisi, primo tra tutti l'armonizzazione tra punizione e finalità etico-religiose: l'isolamento favoriva la riflessione e quindi il pentimento, il riavvicinamento a Dio e la salvezza dell'anima. Ciò cui

⁷² I. MARSILI, *Practica criminalis* cit., § *Attingam*, n. 43, 286.

⁷³ I. MARSILI, *Practica criminalis* cit., § *Attingam*, n. 43, 286; F. CASONI, *De indicis* cit., *Singularia questionum criminalium*, cap. IX *De captura et carcere*, n. 23, 114. Dal momento che il tema del carcere è, nei diversi autori, strettamente collegato a quello della cattura, Casoni fa discendere l'impunità dell'evaso dal fatto che una cattura ingiusta è «ipso iure nulla» (ivi, n. 24, 114). Per una trattazione articolata cfr. G.B. SCANAROLI, *De visitatione carceratorum* cit., l. I, § V *Carceratorum privilegia*, cap. III, sez. I *Quis dicatur iniuste carceratus?*, 61-62.

⁷⁴ P. FARINACCI, *Praxis et theoricae criminalis* cit., l. II, tit. IV cit., q. XXX, nn. 120-122, 70. La predicata impunità era contestata da Cavallo, il quale, interpellato in ordine a una causa sulla quale i giudici non riuscivano a giungere a una sentenza condivisa, non mancò di esprimere il proprio 'voto' dissentendo dalla posizione condivisa dai *doctores*. Indipendentemente dalla giustizia o ingiustizia della carcerazione, il fuggitivo andava sempre punito, secondo l'autore, poiché era di cattivo esempio permettere che il carcerato potesse ottenere la sua 'salvezza' *uti via facti cum per viam iustitiae*. Solo al giudice spettava intervenire e procedere per rimediare agli eventuali errori commessi (P. CABALLO, *Resolutionum criminalium* cit., cent. I, cas. LXII, n. 2, 55). Dissentiva da tale giudizio Sebastiano Guazzini, e non solo perché la possibilità di lasciare impunita una fuga da ingiusta carcerazione era *opinio magis communiter approbata a doctoribus*, ma perché il giudice che deteneva qualcuno *illicite et indebite* cessava di agire come giudice e rivestiva i panni di privato cittadino, cui lo *ius carcerandi* era precluso (S. GUAZZINI, *Tractatus ad defensam* cit., lib. I, tomo I, *defens. V*, cap. IV, n. 13, 214-215).

⁷⁵ In una glossa di Giovanni d'Andrea si precisava che, sebbene il carcere fosse ordinariamente destinato alla custodia, era tuttavia possibile servirsene come pena perpetua in sostituzione della pena di morte nei confronti di chierici colpevoli di reati meritevoli dell'ultimo supplizio. Dal momento che i giudici ecclesiastici non potevano ricorrere a simile *poena sanguinis*, era loro consentito avvalersi del carcere con riguardo a rei confessi o convinti: costoro erano condannati o alla detenzione temporanea o a quella senza fine, *quamvis inventio carceris fuerit ad custodiam* (VI. 5.9.4). Il principio si trova ribadito ad esempio nei *Consilia criminalia* di Bartolomeo Cipolla, per il quale «de iure canonico non potest quis condemnari ad mortem etiam pro homicidio nec ad aliquam poenam sanguinis»; per questo l'autore equiparava la pena di morte al carcere (B. CIPOLLA, *Consilia criminalia*, Venetiis, 1525, cons. LXXIII, vers. *Tertio praemitto*, 150).

⁷⁶ Cfr. R. CANOSA-I. COLONNELLO, *Storia del carcere* cit., 27-35.

il *ius civile* mirava attraverso il dolore fisico, ossia l'espiazione, il diritto canonico lo raggiungeva piegando ai propri fini un istituto nato per assolvere scopi diversi: sarà questo il modello sanzionatorio che si imporrà come vincente nel processo di contaminazione e di reciproco debito di influenza (soprattutto in ambito penale) tra diritto civile e canonico.

Nei secoli attraversati dall'esperienza delle *Pratiche* è un punto fermo e all'apparenza irrinunciabile la discrasia fra *ius civile*, che difendeva l'idea romanistica del carcere quale custodia cautelare, e *ius canonicum*, pronto a riconoscere al carcere funzioni retributive, spogliando la pena da ogni patina di vendetta e attribuendole sempre più il ruolo di strumento di espiazione.

Lo evidenzia con chiarezza, ad esempio, l'alessandrino Giulio Claro, nella cui opera il carcere fa capolino tra le 'altre pene corporali', categoria residuale rispetto alla trattazione riservata ai *genera poenarum*. Frammischata alla fustigazione, alle frustate, ai tratti di corda, al trireme compare la scarna ma incisiva riflessione riservata al carcere. Claro evidenziava come fosse opinione comune tra i *doctores* che il carcere come pena non potesse essere imposto ai laici, a differenza di quanto praticato per gli ecclesiastici. E a sottolineare con vigore la separazione tra le due sfere egli precisava che il giudice ecclesiastico non avrebbe mai potuto condannare un laico al carcere perpetuo, neppure qualora il reato commesso fosse di competenza del foro ecclesiastico, con la sola eccezione dell'eresia⁷⁷.

Puntuale anche la ricostruzione offerta da Paolo Grillandi, per il quale il carcere perpetuo, nella sua funzione sanzionatoria, era 'usato' dai giudici ecclesiastici, mentre raramente vi ricorrevano i giudici laici, che consideravano sostitutive del carcere, e quindi preferibili, pene quali la relegazione o la deportazione, da applicare secondo la qualità delle persone. Egli ribadiva che a questa soluzione si giungeva in ragione del fatto che «carceres ius civile invenit ad custodiam, non autem ad poenam»⁷⁸.

Il reggino Ludovico Carerio rafforzava il principio riportando le diatribe insorte sulla validità di sentenze di condanna al carcere perpetuo pronunciate da giudici laici. I giuristi si mostravano propensi a considerare nulle tali decisioni, invocando la massima secondo la quale *liber homo non possit per saecularem condemnari ad perpetuum carcerem*⁷⁹. Dello stesso avviso, Iacopo Menochio sosteneva lapidario che «lata sententia de perpetuo carcere sit ipso iure nulla»⁸⁰.

Lo scenario offre, a ben guardare, una pluralità di spunti di riflessione. Anzitutto, l'equiparazione tra carcere perpetuo e pena di morte consentiva al diritto canonico, come si è in precedenza precisato, di trovare una sanzione in sostituzione dell'ultimo supplizio.

Ma non solo. Nelle *Pratiche*, accanto ad una riproposizione dello 'stato dell'arte', ricostruito attraverso la crescente stratificazione di rimandi dottrinali, si insinua il 'nuovo' che avanza. Difficile scorgerlo, sepolto com'è sotto citazioni e rinvii tesi a creare una *communis opinio* solida e corroborata dall'autorevolezza degli autori richiamati, ma esso scorre come una sottile vena aurea tra le fitte pagine teorico-pratiche dei *doctores* del tempo.

Il modello canonico, ripudiato con fermezza in via di principio, finì per esercitare un'influenza non indifferente: nelle *Pratiche*, infatti, trapela qua e là un'affermazione (precoce) del carcere anche come strumento punitivo nei confronti dei laici.

Come si è ribadito nel corso di questo lavoro, l'inasprimento della carcerazione era vietato nel caso in cui si attuasse una detenzione preventiva, ma gli stessi autori erano pronti a riaffermare la piena legittimità di tali modalità afflittive qualora la sentenza pronunciata fosse di condanna definitiva al carcere perpetuo e temporaneo. Quindi, ciò che era di norma vietato (oscurità, legature etc.) diveniva a quel punto possibile: conseguenza ovvia e logica in ragione

⁷⁷ «Poena carceris non est in usu apud laicos, ubicunque enim alia poena imponi potest, numquam imponitur poena carceris et ita tenet communiter Doctores [...]. Apud clericos autem multum frequentatur [...] et dicitur quod quamvis clericis non liceat interficere quenquam, tamen possunt reos in carcerem includere cum tanta necessitate cibi et potus ut fame necentur [...]. Caeterum non potest iudex ecclesiasticus condemnare laicum ad perpetuum carcerem, etiam quando laicos propter delictum effectus esset de foro ecclesiastico, praeterquam in causa haeresis» (G. CLARO, LV cit., § *Finalis*, q. LXX, n. 4, 465). Indirettamente Follerio spiega che il carcere poteva essere previsto solo nel caso in cui fosse imposto dal diritto canonico (oltre che, come si è detto, quando il condannato fosse insolvente e pagasse con la sua libertà ciò che avrebbe dovuto versare in denaro): P. FOLLERIO, *Practica criminalis* cit., rubr. *Vel carcerentur*, n. 10, 141-142. Altrettanto puntuale Carlo Pellegrini, il quale di fronte al legittimo dubbio se il carcere potesse integrare l'ipotesi di pena, vista la sua funzione *de iure civili*, rimarcava la distanza assunta dal diritto canonico: «de iure canonico bene datur ad poenam clericis et ecclesiasticis personis. Non vero laicis, etiam si agatur de crimine ecclesiastico [...] nisi in crimine haeresis» (C. PELLEGRINO, *Praxis vicariorum*, cit., *Pars quarta in qua habetur practica criminalis super modo procedendi in causis criminum, sectio VIII De carceratione Delinquentis*, n. 33, 370).

⁷⁸ P. GRILLANDI, *De relaxatione carceratorum* cit., § *De sententiae et poenarum executionem*, nn. 4-5, 348.

⁷⁹ L. CARERIO, *Practica causarum criminalium*, Lugduni, 1562, § *De homicidio et percussione*, nn. 13-15, 239. Si veda anche C. PELLEGRINO, *Praxis vicariorum* cit., *Pars quarta, sectio VI* cit., n. 33, 370.

⁸⁰ I. MENOCHIO, *De arbitrariis* cit., lib. I, q. LXXXIX, n. 6, 108.

del mutare della destinazione del carcere. Ciò che più rileva, tuttavia, è la breccia non indifferente che si apre nella granitica difesa del ruolo del carcere come mero luogo di reclusione preventiva. Si ammette, quasi impercettibilmente e distrattamente, che il carcere perpetuo e temporaneo, ostracizzato nell'elaborazione teorica, rappresenta una realtà imposta dalla forza dei fatti.

Da un lato si salvaguardava il principio dell'incompatibilità tra custodia cautelare e afflizione punitiva. Dall'altro, ci troviamo di fronte all'emersione strisciante, nei secoli dell'età moderna, dell'uso del carcere – *de facto* e per consuetudine – in funzione di pena (e non più solo di 'deposito transitorio'), in deroga all'indicazione del *ius civile*.

Al tempo stesso, il carcere-pena, per le condizioni disumane cui erano costretti i detenuti, finiva per assolvere la stessa finalità prevista dal diritto canonico: un sostitutivo della pena di morte. Lo attesta con efficacia incontestabile Farinacci: e potremmo considerare non casuale che l'affermazione emerga proprio dalla penna del giurista pontificio, dal momento che nella città eterna la contaminazione tra spirituale e temporale era evidentemente più marcata.

Ribadito il 'sacro' principio che «regulariter carcer non ad poenam ma ad custodiam dari debeat, propterea reprobatus sit a iure carcer obscurus, terreus et subterraneus, ut pariter dixi»⁸¹, Farinacci sosteneva che a Roma il carcere perpetuo e nelle sue forme più estreme (al buio, senza aria, sotto terra, privo di luce, con ferri alle mani e catene ai piedi) era disposto dai giudici quale pena sostitutiva nei casi in cui il reato fosse punito con pena capitale, proprio perché vi era la quasi certezza che nel giro di pochi giorni ne sarebbe derivata proprio la morte del condannato⁸². Il ricorso al carcere in funzione sanzionatoria – aggiungeva l'insigne criminalista – «non solum permissum est saltem de consuetudine, verum etiam talis consuetudo apud nos viget». Era la rocca di Ostia il luogo *horribilis* che 'garantiva' la sopravvivenza di pochi detenuti, quelli che «propter illius aeris intemperiem modico tempore vitam non finiant»⁸³. Dal suo canto una *quaestio* di Menochio interamente dedicata al carcere perpetuo, benché si affannasse⁸⁴ a ribadire l'inapplicabilità da parte dei giudici laici proprio in ossequio al precetto romano che lo adibiva a luogo di custodia, non mancava di precisare talune eccezioni.

La prima consisteva nella possibilità di condannare al carcere perpetuo i servi. La *ratio* si rinveniva in una parificazione della carcerazione perpetua alla servitù; il fondamento legittimante consisteva nel fatto che il soggetto destinato al carcere a vita non avrebbe subito una pena più grave di quella cui lo costringeva la personale condizione di servo⁸⁵.

La seconda eccezione prescindeva dallo *status* soggettivo a favore del mero dato oggettivo dato dalla gravità del delitto. La posizione di Menochio si saldava a quella di Farinacci, dal momento che per i delitti atroci per i quali, *ex arbitrio iudicis*, fosse irrogabile la pena capitale, l'ultimo supplizio poteva essere convertito, nel consueto processo assimilativo ed equiparativo, in carcere perpetuo⁸⁶.

Lo stesso Claro, fiero sostenitore, come si è visto, della separazione tra sanzioni 'civili' ed ecclesiastiche⁸⁷, era costretto ad ammettere, seppur in forma dubitativa («credo», affermava in via prudenziale) che a Venezia e a Mantova *hodie sit in usu* il carcere, sia temporaneo che perpetuo, come pena⁸⁸. L'ipotesi è corroborata, ad esempio, nell'edizione del 1666, con le annotazioni del Baiardo e altri, dove si legge che «aliquando carcer ad tempus datur ad poenam in levibus delictis, quibus iura sive statuta nullum decernunt particulare supplicium». Inoltre, se, in linea di principio, una sentenza di condanna al carcere perpetuo pronunciata da un giudice laico *non tenetur*, ciò non valeva nel caso in cui fossero giudicati quei reati per i quali l'antico diritto prevedeva pene ormai in disuso, come ad esempio la condanna *in metallum*⁸⁹. Ancora una volta si nota la natura per lo più surrogatoria del carcere, cui ricorrere come *extrema ratio*, e che a sua volta, come si suggerisce nelle stesse pagine, poteva essere sostituito dal trireme, in

⁸¹ P. FARINACCI, *Praxis et theoriae criminalis* cit., l. II, tit. IV cit., q. XXVII, n. 104, 16.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ I. MENOCHIO, *De arbitrariis* cit., lib. I, q. LXXXIX, 108-109.

⁸⁵ *Ivi*, n. 8, 109.

⁸⁶ I. MENOCHIO, *De arbitrariis* cit., lib. I, q. LXXXIX, n. 9, 109.

⁸⁷ *V.*, nt. 76.

⁸⁸ G. CLARO, *LV* cit., § *Finalis*, q. LXX, n. 4, 465. Una ricostruzione dello stato delle carceri a Mantova, a dimostrazione del loro utilizzo a fini sanzionatori, è offerta da A. BERTOLOTTI, *Prigioni e prigionieri di Mantova dal secolo XIII al secolo XIX*, Roma, 1890. La documentazione riportata (lettere di richiesta di grazia, denunce di continue evasioni, registri dei detenuti) mostra la realtà e, paradossalmente, la vivacità della situazione delle carceri nel XVI-XVII secolo; da ciò si ricavano, indirettamente, anche informazioni interessanti sullo stato della criminalità a Mantova.

⁸⁹ G. CLARO, *Opera omnia super practica civilis atque criminalis*, Genevae, 1666, *Additiones ad quaest.* LXX, nn. 6-8, 789.

un rincorrersi tra sanzioni alternative, ma tutte egualmente fortemente afflittive.

Follerio era invece puntuale nell'individuare i numerosi casi in cui nel Regno di Napoli la sanzione del carcere temporaneo trovava applicazione (oltre, ovviamente, alle situazioni già contemplate dal diritto canonico). A mero titolo esemplificativo, si ricorda la detenzione temporanea applicabile per un anno al medico che avesse esercitato la professione privo della necessaria licenza; un anno era irrogato anche a chi somministrava filtri e *pocula amatoria* senza che da ciò fosse derivata la morte della vittima; la stessa pena era applicata a chi, gettando dall'alto un masso o un ramo incautamente, uccideva un uomo; si arrivava ai due anni per il giudice che avesse ingiustamente torturato un uomo causandone la morte⁹⁰.

E' una lenta ma inarrestabile emersione.

Alla luce di quanto indicato, appaiono ancora più significative le riflessioni dedicate in pieno Settecento al tema del carcere da Beccaria nel suo noto *pamphlet*.

Nell'opera non solo il carcere rimane sullo sfondo come strumento punitivo, ma presenta le stesse caratteristiche delle epoche precedenti, a dimostrazione che Beccaria è in qualche modo erede ribelle del passato e testimone scomodo del presente, fondendo in sé tradizione e riformismo⁹¹. Il carcere è infatti inteso come luogo di mera custodia, limitato nella durata e rispondente all'esigenza di evitare che l'imputato potesse fuggire o inquinare le prove, innestando tuttavia su questa concezione l'enunciazione rivoluzionaria della presunzione di non colpevolezza che stravolse completamente la nozione del penale nella sua dimensione sostanziale e processuale⁹². Nel Settecento maturo si avvertiva l'urgenza di affrontare temi nodali, come la pena di morte, l'abolizione della tortura, la modifica del sistema processuale, la ricerca della certezza del diritto nell'ambito del penale, sottraendo all'arbitrio giudiziario la determinazione dei reati e delle relative sanzioni. Tuttavia, l'idea di Beccaria (e non solo di Beccaria) della detenzione accompagnata dal lavoro gettò radici solide, fino a produrre frutti maturi nei secoli successivi⁹³.

Il mio viaggio si ferma qui.

Note, anche grazie a due opere ancora oggi fondamentali, pur nella diversa lettura offerta alla questione, le vicende che accompagnarono l'affermazione del carcere quale pena suprema, se non esclusiva, dall'Ottocento in poi⁹⁴. Rispetto al passato, il carcere sembrava rispondere a quell'idea di 'dolcezza delle pene' caro allo stesso Beccaria. L'imprigionamento, per dirla con Pellegrino Rossi, diveniva la pena per eccellenza delle società civili⁹⁵, rappresentando una reazione moderata alla ferocia sanzionatoria in uso fino al secolo XVIII.

Colpisce tuttavia che in Italia, in pieno XIX secolo, due testimoni diretti descrivessero lo stato delle prigioni esattamente come nell'età delle *Pratiche*: Carlo Ilarione Petitti di Roreto, personaggio di spicco del Risorgimento sabaudo, e Martino Beltrani Scalia ci restituiscono un'immagine delle carceri che sembra tratta dalle opere degli antichi criminalisti. Il primo, nel

⁹⁰ P. FOLLERIO, *Practica criminalis* cit., rubr. *Vel carcerentur*, n. 10, 145.

⁹¹ Mi permetto di rimandare sul punto a L. GARLATI, *Echi del passato e istanze riformiste: Beccaria e il processo penale*, in *Diritto penale contemporaneo* (<http://www.penalecontemporaneo.it/aree/5-storia-del-diritto-penale>), 1-12; EAD., *Tradition et réformisme. Les inspireurs culturels du Beccaria processualiste*, in *Le bonheur du plus grand nombre. Beccaria et les Lumières*, a cura di Ph. Audegean, C.h. Del Vento, P. Musitelli, & X. Tabet, Lyon, 2017, 63-77.

⁹² «La privazione della libertà essendo una pena, essa non può precedere la sentenza se non quando la necessità lo chiede. La carcere è dunque la semplice custodia di un cittadino finché sia giudicato reo, e questa custodia essendo essenzialmente penosa, deve durare il minor tempo possibile e dev'essere meno dura che si possa [...]. La strettezza della carcere non può essere che la necessaria, o per impedire la fuga, o per non occultare le prove dei delitti» (C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Edizione Nazionale delle Opere di Cesare Beccaria, diretta da L. FIRPO e G. FRANCONI, I, Milano, 1984, § XIX *Prontezza della pena*, 71).

⁹³ Mi sia consentito rinviare a L. GARLATI, *Utilità, esemplarità, certezza della pena. Il pensiero di Beccaria tra mito e realtà*, in *Archivio Storico Lombardo*, 19 (2014), 47-74; EAD., *Nemo propheta in patria. La proposta abolizionista di Beccaria nel diritto italiano di fine Settecento tra tiepidi entusiasmi e tenaci opposizioni*, in *Un uomo, un libro. Pena di morte e processo penale nel Dei delitti e delle pene di Cesare Beccaria*, a cura di L. Garlati e G. Chiodi, Milano, 2014, IX-XXXI; EAD. *Beccaria: filosofo acclamato del passato e giurista misconosciuto del futuro*, in *Dialogando con Beccaria. Le stagioni del processo penale italiano*, a cura di G. Chiodi-L. Garlati, Torino, 2015, 1-30.

⁹⁴ Mi riferisco a G. RUSCHE-O. KIRCHHEIMER, *Pena e struttura sociale*, Bologna, 1978 e M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire* cit. Nel primo caso l'emersione del carcere in funzione sanzionatoria è strettamente connessa alla possibilità di legare pena e lavoro (una visione in apparenza non distante da quella proposta da Beccaria, dove il lavoro forzato prendeva il posto della pena di morte, sulla base di una concezione utilitaristica e final-preventiva). Per i due autori, lo sfruttamento della forza lavoro dei criminali era stato determinante nell'ascesa del modello carcere dove il profitto «spianò la strada all'introduzione del carcere come forma punitiva fondamentale» (G. RUSCHE-O. KIRCHHEIMER, *Pena e struttura sociale*, 134). Per Foucault più che la questione economica è l'«economia dei corpi» che rileva. Il lavoro praticato nelle carceri non risponde tanto a esigenze di mercato quanto a funzioni di correzione, come se la cella riproponesse l'ideologia del monachesimo cattolico nelle società dominate dal protestantesimo. La pena diventa più umana a livello fisico ma più pervasiva a livello psicologico, come aveva dimostrato Bentham con il *Panopticon*, metafora di un potere invisibile e di controllo costante, in grado di condurre i prigionieri ad assumere automaticamente un comportamento disciplinato e da riprodurre dopo il rientro nella società civile.

⁹⁵ P. ROSSI, *Trattato di diritto penale. Nuova traduzione con note e addizioni dell'avvocato Enrico Pessina*, Napoli, 1853, 271.

1840, rappresentava le carceri del Regno di Sardegna quali luoghi privi di luce e connotati da scarsa ventilazione, da totale assenza di igiene (nei luoghi e nelle persone), da promiscuità tra giovani e anziani, da miserevoli condizioni di vitto e vestiario⁹⁶.

Beltrani Scalia scriveva invece che sul finire del secolo lo stato delle carceri era generalmente lacrimevole, e che oramai era pacifico tra giuristi e legislatori che un simile sconcio contrastava con le leggi di giustizia e di umanità⁹⁷.

Nella descrizione della condizione dei carcerati il tempo sembra essersi fermato: i detenuti continuavano ad essere dei *sepolti vivi*⁹⁸, così come li tratteggiava Farinacci secoli prima⁹⁹.

Da allora molti passi sono stati compiuti, ma non tutti gli insegnamenti e i moniti della storia sono stati accolti.

Beltrani Scalia nel 1867, spinto da volontà riformistica, nonché dall'ottimistico entusiasmo costruttivo che animava gli operatori del settore nella neonata Italia, scriveva: «Rigenerare l'uomo per l'uomo, rafforzando nel colpevole la potenza della volontà, al difetto della quale spesso il delitto è dovuto; rendere il colpevole padrone della sua sorte, e per gradi ravviarlo sul retto sentiero d'una vita laboriosa ed onesta — ecco il sistema degno dell'umanità e del secolo illuminato nel quale viviamo [...]. Alla oscura carcere vedremo sostituirsi vasti, aerati e ben disposti locali che hanno formato oggetto di severi e pazienti studi — allo squallore, alla miseria, agli abusi d'ogni sorta, all'ozio corruttore, vedremo succedere il conforto del bisognevole, l'ordine, la disciplina, la istruzione, il lavoro: un carcere non sarà più il luogo d'infamia entro cui, se pur non lasciavasi la vita, vi si lasciava però sempre ogni sentimento di virtù e di morale, ma sarà invece un sacro asilo, entro cui è ora che si penta e si emendi l'uomo che infrangendo la legge, violò i patti fondamentali del consorzio civile. La nostra mente rifugge dal considerarlo altrimenti, ed i solenni responsi della storia ci rinfrancano, e ci fanno sperare che un non lontano avvenire sanzionerà un principio così vero, così grande»¹⁰⁰.

A noi la risposta se la premonizione possa dirsi avverata o se, l'Italia, addormentatasi sull'orlo di un abisso, «è simile al pazzo...Che della veste che gli brucia addosso festeggia e ride»¹⁰¹.

⁹⁶ C. ILARIONE PETITTI DI RORETO, *Della condizione attuale delle carceri e dei mezzi di migliorarla*, Torino, 1840.

⁹⁷ M. BELTRANI-SCALIA, *Sul governo e sulla riforma delle carceri* cit., 401-402.

⁹⁸ È l'espressione usata da Pasquale Stanislao Mancini nel saggio dedicato alla riforma del sistema carcerario nel Regno delle Due Sicilie, con particolare attenzione alla condizione delle prigioni ad Avellino. Il celebre giurista, richiamando la chiusura di alcune carceri proprio nel territorio irpino, le descriveva come «orribili caverne d'ogni luce mute, nelle quali pari a bestie feroci eran sepolti vivi i percossi dalla verga della Giustizia» (P.S. MANCINI, *Del migliore ordinamento del nuovo gran carcere di Avellino e della introduzione della riforma penitenziaria nelle Due Sicilie. Discorso pronunciato al Consiglio generale del Principato ulteriore nelle sessioni di maggio 1862*, estr. da *Le ore solitarie*, 1843, 5).

⁹⁹ V. nt. 46.

¹⁰⁰ M. BELTRANI-SCALIA, *Sul governo e sulla riforma delle carceri* cit., 8 e 508.

¹⁰¹ G. GIUSTI, *L'incoronazione*, in *Versi editi e inediti di Giuseppe Giusti*, Bastia, 1836, 63.

La pena nel processo. Giurisdizionalizzazione dell'esecuzione nella penalistica dell'Italia liberale

Punishment Within the Trial. Increasing Jurisdictional Control in the Execution Stage of Criminal Proceedings in Liberal Italy

MARCO NICOLA MILETTI

Professore ordinario di Storia del diritto medievale e moderno presso l'Università di Foggia
marco.miletti@unifg.it

ESECUZIONE PENALE, CODICE DI PROCEDURA PENALE 1913,
INCIDENTE D'ESECUZIONE, CARCERI, PENA, SCUOLA POSITIVA,
RAPPORTO GIURIDICO PROCESSUALE

CRIMINAL EXECUTION, ITALIAN CODE OF PENAL
PROCEDURE 1913, PRISON SYSTEM, PENALTY SYSTEM,
REMEDIAL DURING THE CRIMINAL EXECUTIVE STAGE,
POSITIVIST SCHOOL OF CRIMINOLOGY,
JURIDICAL RELATIONSHIP IN CRIMINAL PROCEEDINGS

ABSTRACT

Il saggio ripercorre l'itinerario scientifico e legislativo che portò, nei primi lustri del XX secolo, alla formazione d'un diritto italiano dell'esecuzione penale. A lungo trascurata dagli studiosi e lasciata alla gestione spesso opaca delle autorità carcerarie, a fine Ottocento l'esecuzione suscitò l'interesse penalistico per una serie di concause: l'attenzione dell'establishment liberale alle matrici della criminalità, la campagna della scuola criminologica a favore di un radicale ripensamento della sanzione, il tentativo di costruire il processo penale, sul paradigma di quello civile, come un rapporto giuridico destinato a perpetuarsi oltre il giudicato. Spinte anche dalla novità sistematica del c.p.p. del 1913, le scienze penali si orientarono, non senza contrasti, verso un controllo giurisdizionale dell'esecuzione, che assicurasse anche nell'ultimo segmento del processo un minimum di garanzie e di libertà.

This essay will examine the reasons that led to the formation of executive criminal law in Italy at the beginning of the 20th Century. Scholars had traditionally neglected the executive stage of criminal proceedings: they considered that the imposition of penalty was responsibility of prison authorities. At the end of the 19th Century, a series of causes brought the issue of execution to the attention of penal jurists: the liberal establishment showed increasing attention to the sources of crime; the positivist school of criminology was struggling for radical reforms of repressive and preventive tools; technical jurisprudence was attempting to build the criminal trial as a relationship that continued beyond judgement, as well as civil trial. Thanks to the symbolic push given by Code of penal procedure (1913), criminal science accepted the controversial principle that jurisdiction should not leave the convicted in the hands of jailers and that even the last stage of proceedings should guarantee minimum conditions of freedom.

SOMMARIO

1. L'embrione: la sostituzione giudiziale. – 2. Come gocce sulla sabbia. – 3. Carcerieri, non giuristi: l'anello di congiunzione. – 4. Diritti dopo il giudizio. – 5. La svolta del 1913. – 6. La nuova fase del rapporto processuale. – 7. Tra giurisdizione e amministrazione. – 8. La discrezione indiscreta. – 9. L'ultima carta: il progetto Ferri.

1. L'embrione: la sostituzione giudiziale.

In una celebre relazione sulla riforma del sistema carcerario francese il duca di Lecazes, ministro degli Interni di Luigi XVIII, metteva in guardia dal rischio che le vessazioni illegali acuissero il rancore del detenuto: la legge perciò, ammoniva il ministro, avrebbe dovuto seguire il condannato nella prigione in cui lo aveva condotto¹. La massima colpì Foucault, il quale la considerò paradigmatica dell'«eterno tentativo del sistema penitenziario di sfuggire alla penetrazione del giuridico e della legge» e dello speculare «sforzo del sistema giudiziario» per ricondurlo sotto il proprio controllo².

La dinamica non risparmiò l'ordinamento penale italiano d'età liberale. Tra gli ultimi lustri dell'Ottocento e la conquista fascista del potere – l'arco cronologico qui preso in esame – studiosi e legislatori provarono a far entrare la legge nelle carceri: o meglio a trasbordare le logiche della giurisdizione oltre le colonne d'Ercole del giudicato. Da allora l'esecuzione penale si ritagliò all'interno delle scienze penalistiche un lembo periferico e non sempre tollerato.

All'aggiustamento di rotta concorsero fattori convergenti. La penalistica 'civile' si accorse che una comprensione integrale del fenomeno criminale non poteva prescindere dal pianeta carcerario³, tanto più in quanto le forze 'antagoniste' descrivevano le patrie galere come polveriere sociali⁴. La scuola positiva tratteggiava un ripensamento *ab imis* della funzione della pena⁵. Il prolungato dibattito sulla codificazione prima sostanziale e poi processuale stimolava la riflessione e alimentava propositi riformisti.

I lunghi lavori preparatori del codice penale vagliarono a più riprese l'opportunità di rimettere al giudice l'opzione tra condanna alla prigionia e alla detenzione a seconda dell'*impulso*

¹ É.L. DECAZES, *Rapport au Roi*, in *Le Moniteur Universel*, n. 100, 10 avril 1819, 424: «Elle [la loi] doit donc le suivre dans la prison où elle l'a conduit». Il *Rapport* accompagnava l'*Ordonnance* del 9 aprile (v. *Ordonnance du Roi portant autorisation d'une société pour l'amélioration des prisons*, in *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Règlements, Avis du Conseil-d'État [...] par J.B. Duvergier [...] Tome Vingt-Deuxième. Deuxième Édition*, Paris, 1838, 124-126) che istituiva la *Société Royale pour l'amélioration des prisons* e alcuni organismi connessi, primo tra tutti il *Conseil général des prisons*. Il *Rapport* di Decazes fu completato da un *Rapport sur les prisons, et pièces à l'appui du rapport*, s.l. né d. (ma Paris, 21 décembre 1819), firmato dallo stesso ministro-segretario di Stato agli Interni.

² M. FOUCAULT, *La société punitive. Cours au Collège de France. 1972-1973*, Édition établie sous la direction de F. Ewald et A. Fontana, par B.E. Harcourt, Paris, 2013, 67 e ivi, 80-81, nt. 26. Di fatto la prigione, aggiungeva l'A. citando ancora Decazes (ivi, 212), non era più sede di applicazione legale delle decisioni giudiziali bensì «tout autre chose», dotata d'una propria giustizia. Essa, concludeva Foucault (ivi, 257), impedisce al potere giudiziario di verificare l'applicazione delle pene: la legge non vi penetra, come rilevato da Decazes nel 1819. Il testo è ora disponibile in trad. it. col tit. *La società punitiva. Corso al Collège de France (1972-1973)*, a cura di D. Borca e P.A. Rovatti, Milano, 2016, 79 e ivi, 92, nt. 26; ivi, 223 e 267. La divergenza tra la logica formale e astratta del tribunale e quella individualizzante e disciplinante del carcere fu ripresa in più punti da M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison* (1975), tr. it. *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, 1976 e 1993, 200-201, 211, 274-275.

³ Sull'interesse della penalistica liberale post-unitaria per le carceri si rinvia a M. SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Roma-Bari, 1990, 170-172, ora in M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, 2009, I, 520-522. U. CONTI, *Il dopo guerra penitenziario*, in *Rivista Penale*, XLIII (1917), vol. LXXXVI, fasc. V-VI, 420 rivendicava di non aver mai creduto «di diminuire la dignità e l'importanza dei nostri studi occupandomi» di pena e prevenzione; «anzi, ho sempre pensato [...] che il giurista criminalista debba rendersi preciso conto di questi problemi». G. NEPPI MODONA, *Carcere e società civile*, in *Storia d'Italia. Volume quinto. I documenti. 2*, Torino, 1973, 1908 rileva il tradizionale *disinteresse* dei «cultori di diritto penale» verso la realtà carceraria, ritenuta «non degna della purezza e del rigore dogmatico» della disciplina. Una meritoria anomalia fu rappresentata dalla *Rivista di discipline carcerarie* di Martino Beltrani Scalia, sulla quale v. F. COLAO, «*Consorelle* tra «vincoli indissolubili», «scuole», «indirizzi» del penale, in *Una tribuna per le scienze criminali. La 'cultura' delle Riviste nel dibattito penalistico tra Otto e Novecento*, a cura di L. Lacchè e M. Stronati, Macerata, 2012, 36-41. Non va sottovalutato l'apporto ad una prima conoscenza del mondo penitenziario arrecato dallo sviluppo (opportuno sottolineato da P. GARFINKEL, *Criminal Law in Liberal and Fascist Italy*, Cambridge, 2016, spec. 57) della statistica nella penalistica italiana del tardo Ottocento.

⁴ In un discorso tenuto nel 1904 alla Camera durante la discussione sul bilancio degli Interni (ATTI DEL PARLAMENTO ITALIANO – CAMERA DEI DEPUTATI, Sessione 1902-904 [2ª della XXI Legislatura], *Discussioni*, Volume XII [...], Roma, 1904, 2ª tornata del 18 marzo 1904, 11821) Filippo Turati deplorava che la sporadica attenzione dell'opinione pubblica illuminasse brevemente «le case dei morti» e che, tra una tragedia e l'altra, i «sepolcri» si richiudessero. L'intervento turatiano fu pubblicato in fascioletto col tit. *I cimiteri dei vivi*, Roma, 1904.

⁵ Uno dei testi 'fondativi' della scuola positiva (R. GAROFALO, *Di un criterio positivo della penalità*, Napoli, 1880, 5-6) esordiva ipotizzando lo stupore del «profano» nello scoprire che la minuziosa pre-determinazione codicistica delle pene fosse frutto di astratte «deduzioni» e non di «esattezza matematica». Cfr. anche ID., *La criminologie [...] Cinquième édition [...] Paris, 1905, Préface de la cinquième édition*, v.

a delinquere che aveva guidato l'imputato. Questo meccanismo di *sostituzione* giudiziale, che comunque si sarebbe attivato nella fase dell'accertamento e non dell'esecuzione, non fu conservato nel testo definitivo: Zanardelli lo giudicò *pericoloso e impolitico*, perché avrebbe da un lato resuscitato le condanne infamanti, dall'altro *glorificato* i detenuti mossi da «impulso generoso o almeno non pravo»; per di più il nuovo codice puntava sulla reclusione come «pena normale per i delitti»⁶. Il *revirement* zanardelliano irritò Enrico Ferri, il quale nel 1892 etichettò come «dottrinarismo, impolitico esso davvero, il non voler tener conto» della «simpatia» riscossa nella «coscienza» collettiva dai condannati meno *pravi*. Sensazione, quest'ultima, accentuatasi nel leader socialista della scuola positiva nel 1900: a suo parere, infatti, il «trattamento carcerario ignobile» inflitto dai tribunali militari – complice un codice «sedicente liberale» – ai condannati politici per i fatti del 1894 e 1898 aveva *commosso* l'opinione pubblica⁷.

Ferri coglieva qualche sparuto e indiretto riconoscimento alla sua scuola tanto nella recente codificazione (la griglia delle circostanze) quanto in proposte di leggi speciali (recidiva, istituzione dei manicomi criminali, riforma dei «sistemi cellulari», detenzioni brevi). A suo avviso, tuttavia, queste timide aperture restavano interne alle «teorie classiche dei delitti e delle pene»: occorreva, invece, reimpiantare la «difesa sociale» attraverso la «strada maestra delle radicali riforme nella procedura e nei sistemi repressivi». La scuola positiva, proclamava un fortunato passaggio di *Sociologia criminale*, puntava a ridurre «a più stretti confini l'importanza pratica del codice penale» e a «riversa[re] maggior luce sulle leggi di procedura e di ordinamento penale, come quelle [...] che hanno l'ufficio di trasportare la pena ed i mezzi difensivi [...] dal campo aereo delle minacce legislative al campo pratico della difesa sociale». Bisognava perciò, incalzava Ferri, «persuadere i legislatori ad occuparsi meno delle riforme penali e molto più di quelle giudiziarie e carcerarie», le quali peraltro garantivano gli «onesti» più che i «birbanti»⁸.

2.

Come gocce sulla sabbia.

Nell'edizione del 1892 della sua opera più nota Ferri indicava due principi-guida della procedura positivista: «il ristabilimento dell'equilibrio di diritti e guarentigie fra individuo giudicabile e società giudicante»; la trasformazione del «giudizio penale» da accertamento della responsabilità morale in individuazione della sanzione più adatta alla «categoria antropologica» del delinquente. A questi due obiettivi l'edizione del 1900 ne aggiungeva un terzo, ossia «la continuità solidale nelle varie funzioni pratiche di difesa sociale: dalla polizia giudiziaria alla sentenza ed all'esecuzione di questa»⁹.

Tra i sintomi di «bancarotta» degli «odierni ordinamenti penali» Ferri annoverava il «distacco ed oblio fra la legge e la sentenza da una parte e fra la sentenza e la sua esecuzione dall'altra». Ne conseguivano «effetti disastrosi»: la proliferazione di associazioni criminali aventi in carcere i «centri d'azione»; milioni di condannati a «brevi pene carcerarie stupide e risibili»; l'«inesorabile» incremento della recidiva. Lo studioso sottoscriveva l'immaginifica metafora di Adolphe Prins: finché i tribunali avessero continuato a lasciar cadere le condanne sui miserabili alla maniera d'un rubinetto che sversa gocce sulla sabbia, nulla sarebbe cambiato; per correggere una giustizia troppo macchinosa e impersonale – aveva preconizzato il penalista belga – urgeva accordare un ruolo «plus considérable» alla coscienza e all'iniziativa

⁶ Per la sequenza delle soluzioni prospettate durante i lavori preparatori cfr. P.S. MANCINI, *Relazione*, in *Progetto del codice penale del Regno d'Italia presentato alla Camera dei Deputati nella tornata del 25 novembre 1876 [...]. Libro Primo*, Roma, 1877, 99 e 248; G. ZANARDELLI, *Relazione*, in *Allegati al Progetto del codice penale del Regno d'Italia presentato alla Camera dei deputati dal Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti (Savelli) nella tornata del 26 novembre 1883. Allegato 1 [...]*, Roma, 1883, 10 («col valido concorso delle investigazioni psichiatriche ed antropologiche, il legislatore cerca di avere sufficiente contezza del delinquente e di fissarne il più congruo trattamento»), 20-21, 211 (cfr. le critiche di R. GAROFALO, *Alcune osservazioni sul progetto del codice penale [...] 26 novembre 1883*, in *Archivio di Psichiatria*, IV [1883], 461-462); B. GIANNUZZI-SAVELLI, *Relazione*, in *Progetto del codice penale del Regno d'Italia presentato alla Camera dei deputati nella tornata del 26 novembre 1883 [...]*, Roma, 15-16; E. PESSINA, *Relazione*, in *Progetto di codice penale per il Regno d'Italia. Modificazioni proposte alla Commissione eletta dalla Camera dei deputati nelle tornate del 14 dicembre 1883 e 29 gennaio 1885 dal Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti (Pessina)*, Roma, 1885, VII e 15; G. ZANARDELLI, *Relazione*, in *ATTI PARLAMENTARI – CAMERA DEI DEPUTATI – n. 28, Progetto del codice penale per il Regno d'Italia e disegno di legge che ne autorizza la pubblicazione [...]. Seduta del 22 novembre 1887 – Volume I. Relazione Ministeriale (libro primo)*, Roma, 1887, 82-83 (sostituzione giudiziale «pericolosa» e «impolitica»; preferenza per la reclusione).

⁷ Rispettiv. E. FERRI, *Sociologia criminale. Terza edizione completamente rifatta dei Nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Torino, 1892, 591; ID., *Sociologia criminale. Quarta edizione [...]*, Torino, 1900, 721; ivi, nt. 1 quanto alle simpatie suscitate dai recenti reati politici.

⁸ E. FERRI, *Sociologia* (1892), cit. [nt. 7], 591-595. Con qualche inserto il brano era riprodotto da ID., *Sociologia* (1900), cit. [nt. 7], 721-726.

⁹ Rispettiv. E. FERRI, *Sociologia* (1892), cit. [nt. 7], 596; ID., *Sociologia* (1900), cit. [nt. 7], 728.

del giudice affinché questi distribuisse con discernimento indulgenza e severità¹⁰.

La «segregazione a tempo indeterminato» vagheggiata da Ferri prometteva un impatto particolarmente eversivo della vigente esecuzione penale. Egli mutuava, con qualche variante, da von Listz l'idea di affidare la *determinazione* della pena a commissioni composte da giudice, accusatore e difensore, funzionari amministrativi e «periti antropologi-criminalisti»: l'attività di questi organismi sarebbe stata «continuativa» dell'«opera del giudice» e «non più staccata» da essa, in modo da agevolare, in luogo dell'attuale «abbandono e [...] oblio del condannato» subito dopo la sentenza, un'«umana ed efficace» prevenzione individuale e sociale¹¹.

3.

Carcerieri, non giuristi: l'anello di congiunzione.

I *desiderata* ferriani collidevano con le recenti scelte del legislatore. Il *Regolamento generale degli stabilimenti carcerari e dei riformatori governativi* (r.d. 1° febbraio 1891, n. 260) accentrava la gestione degli istituti penitenziari presso la Direzione generale del Ministero degli Interni, ossia sotto il controllo di quel Martino Beltrani Scalia che del provvedimento era stato l'artefice. L'impianto gerarchico e verticistico del *Regolamento* non era mitigato dal Consiglio delle carceri, meramente consultivo e a lungo inattuato, né dalle commissioni visitatrici, cinghie di trasmissione solo virtuali col mondo esterno¹². Le prigionie restavano, insomma, feudo della burocrazia amministrativa, tra le perplessità degli studiosi¹³. Com'è noto, bisognò attendere il decreto Oviglio del 31 dicembre 1922, n. 1718 (e quello attuativo 28 giugno 1923, n. 1890) perché l'amministrazione delle carceri transitasse dagli Interni alla Giustizia.

Lesigua letteratura processual-penalistica *fin de siècle*, quasi a dissimulare il disagio per il proprio assordante silenzio sulla giustizia 'effettuale', si arroccava sulla trincea teorica della *natura giuridica* dell'esecuzione. La comparazione indicava due modelli alternativi. Quello tedesco era icasticamente sintetizzato da Karl Binding: «Die processuale Vollstreckung ist ein Act der Justiz und nicht der Verwaltung». La tradizione germanica, chiosava lo studioso, costruiva il processo come fenomeno tripartito, la cui esecuzione era rimessa a un giudice 'terzo' tenuto, dall'inizio alla fine, a mediare tra le parti¹⁴. I tedeschi, ironizzava Vincenzo Manzini, criticavano «il sistema francese sfoderando il latinetto: *iurisdictione sine executione esse non potest*»; ma la massima avrebbe potuto «tacitare giuristi del tipo di fra' Galdino», giacché era, invero, perfettamente concepibile un'«esecuzione materiale» o un'amministrazione non giurisdizionali¹⁵.

Il *Code d'instruction criminelle*, per contro, aveva scisso (artt. 165, 197, 376) la giurisdizione dall'esecuzione: quest'ultima era stata assegnata al pubblico ministero, mentre al tribunale re-

¹⁰ E. FERRI, *Sociologia* (1892), cit. [nt. 7], 677-678; ID., *Sociologia* (1900), cit. [nt. 7], 826-828. La citazione era tratta da A. PRINS, *La loi sur la libération conditionnelle et les condamnations conditionnelles*, in *Revue de Belgique*, XX (1888), vol. 59, 208.

¹¹ Sui tre «criteri» di difesa sociale (tra cui la segregazione a tempo indeterminato) v. E. FERRI, *Sociologia* (1892), cit. [nt. 7], 684; ID., *Sociologia* (1900), cit. [nt. 7], 834. Sulla rielaborazione della proposta Prins (della quale peraltro Ferri reputava troppo cauta l'indeterminatezza solo *relativa* della pena) cfr. *ivi*, 843-844 (spunto già più che abbozzato in ID., *Sociologia* [1892], 692-694). Nella prospettiva della segregazione indeterminata anche la liberazione condizionale, da subordinare a un «esame fisio-psicologico [...] personale e non burocratico» del condannato, avrebbe acquistato una diversa portata: E. FERRI, *Sociologia* (1892), 694-695; ID., *Sociologia* (1900), 845. Il meccanismo della condanna indeterminata non avrebbe potuto che incoraggiare la giurisdizionalizzazione dell'esecuzione: così, ad es., A. SACCONI, *Del rapporto giuridico processuale penale di esecuzione*, Venezia, 1914, 28.

¹² Riassume il contenuto del *Regolamento* del 1891, stigmatizzandone «l'asperata centralizzazione e burocratizzazione delle competenze», G. NEPPI MODONA, *Carcere*, cit. [nt. 3], 1921-1926. Che le commissioni di controllo fossero rimaste «sulla carta» risultava evidente già a Turati: ATTI DEL PARLAMENTO, *loc. cit.* [nt. 4], 11825.

¹³ B. ALIMENA, *Su i principii direttivi di un nuovo codice di procedura penale* (1900), in ID., *Studi di procedura penale*, Torino, 1908, 149 appoggiava la proposta della commissione per la riforma del c.p.p. di trasferire al Ministero della Giustizia la competenza sulle carceri. P. TUOZZI, *Principii del procedimento penale italiano [...]. 2° edizione rifatta ed ampliata*, Napoli, 1911, n. 524, 602-603 deplorava l'«evidentemente erronea» discriminazione tra condannati, soggetti al Ministero degli Interni, e giudicabili, «alla dipendenza del Ministro di Grazia e Giustizia»: a suo parere, l'intera amministrazione carceraria sarebbe dovuta passare sotto il Ministero della Giustizia, che si sarebbe occupato dell'assegnazione dei detenuti, «lasciata ora a discrezione dell'autorità amministrative, e, peggio, della politica inframmettente» (la proposta di trasferimento di competenze, priva però della notazione polemica, compariva già in ID., *Principii del procedimento penale italiano*, Torino, 1909, n. 524, 546). Per S. LONGHI, *Repressione e prevenzione nel diritto penale attuale*, Milano, 1911, n. 562, 969 l'affidamento dell'esecuzione alla stessa autorità che aveva pronunciato la condanna avrebbe responsabilizzato i magistrati, i quali ora si sentivano «estranei all'esecuzione e riconosc[eva]no anzi come uno stretto dovere il disinteressarsene»; a favore dello *status quo* tuttavia militavano, ad avviso dell'A., la separazione dei poteri, le carenze attitudinali tra i giudici, l'introduzione di misure preventive. Per il trasferimento delle carceri dall'Interno alla Giustizia si pronunciava anche A. SACCONI, *Del rapporto* (1914), cit. [nt. 11], 60, nt. 1.

¹⁴ K. BINDING, *Grundriss des Deutschen Strafprozessrechts*. Vierte, verbesserte Auflage, Leipzig, 1900, § 126, III, 280.

¹⁵ V. MANZINI, *Trattato di procedura penale italiana secondo il nuovo codice di procedura penale [...]. Volume II [...]*, Torino, 1914, n. 354, 676, nt. 1. ID., *Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo codice [...]. Volume quarto [...]*, Torino, n. 534, 722, nt. 4 specificava che il passaggio delle carceri, nel 1923, alle dipendenze del Ministero della Giustizia non modificava le osservazioni del 1914.

siduava la risoluzione di eventuali controversie. In sostanza, il momento esecutivo era scivolato «fuori della giurisdizione»¹⁶. L'impostazione transalpina, condensata nella formula *iurisdictio in sola cognitione consistit*, aveva abituato i penalisti ottocenteschi a disinteressarsi «della sorte del delinquente» una volta divenuta irrevocabile la condanna, e a considerare «l'organizzazione e il funzionamento degli istituti penitenziari come compito di carcerieri e non di giuristi»¹⁷.

Nel 1895 i fortunati *Elementi* di Luigi Lucchini definivano l'esecuzione penale «l'anello di congiunzione» tra «funzioni giudiziarie» e «funzioni amministrative», un compito «esorbitante] dal campo strettamente giuridico» e «di spettanza propria ed esclusiva dell'amministrazione»¹⁸. Il lucchiniano *Digesto Italiano* avallava la distinzione tra profili *giuridici* dell'esecuzione, attinenti al diritto dell'autorità e delle parti di far eseguire le sentenze; e profili *amministrativi*, vale a dire «il fatto concreto» nel quale essa si materializzava. I primi meritavano, sì, «un posto a sé nella procedura penale» ma solo quale «necessaria appendice» e «fase ultima e consequenziale del giudizio»¹⁹. Quanto agli aspetti pragmatici, in fondo la scienza li disdegnava, come qualche studioso ammetteva tra le righe²⁰.

4. Diritti dopo il giudizio.

Una concezione così asfittica rischiava di finire schiacciata tra le aspettative palinogenetiche riposte nell'esecuzione penale dalla criminologia positivista e le suggestioni dogmatiche provenienti dalla processual-civilistica.

Per il primo versante basti pensare all'enfasi con cui Filippo Grispigni, nel 1911, esaltava le norme dell'avamprogetto svizzero di codice penale che accordavano al giudice, nello stadio esecutivo, ampi poteri di decisione su internamento, ospedalizzazione, sospensione della condanna, detenzione cellulare. Una così occhiuta vigilanza – chiosava ammirato il giovane criminalista, rispolverando un sostantivo 'ferriano' – documentava «la continuità» tra giurisdizione e «applicazione della sanzione»; e appariva purtroppo incomparabile con quei sistemi in cui i giudici «non vedono più e non odono neppure più mai parlare del disgraziato ch'essi hanno mandato alla reclusione!»²¹.

Quanto alla strisciante influenza della processual-civilistica, a fine Ottocento i relativi cultori disponevano d'un raffinato strumentario concettuale in grado di erigere una dottrina del processo *tout court*. Così il *Commentario* di Lodovico Mortara, circolante in dispense già negli ultimi anni del secolo, dedicava poche ma pregnanti pagine alla giurisdizione penale. In esse il processo veniva descritto come «conflitto» tra il diritto soggettivo dello Stato alla «coercizione» e la «condizione personale del delinquente» avente «tutti i requisiti esteriori di un diritto subbietivo a lui guarentito dalla legge». Da qui il corollario: per irrogare la pena, che colpiva il reo «nel patrimonio, nella riputazione, nella libertà, perfino nella vita secondo alcune legislazioni», lo Stato era obbligato a «provocare» la garanzia giurisdizionale²².

Mortara ritornava sul tema nel fondamentale capitolo sulla simmetria tra giurisdizioni

¹⁶ E. FLORIAN, *Il processo penale e il nuovo codice. Introduzione al Commentario del nuovo codice di procedura penale diretto da Garofalo, Berenini, Florian, Zerboglio*. Estr., Milano, 1914, 190-191.

¹⁷ U. CONTI, *La vigilanza del giudice sull'esecuzione della pena*, in *Rivista di diritto penitenziario*, VI (1935), vol. II, n. 5, 1223.

¹⁸ L. LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, Firenze, 1895, n. 373, 385. Cfr. ancora ID., *Elementi di procedura penale*, Firenze, 1920, n. 373, 485. A fine Ottocento anche il lucchiniano A. MOSCATELLI, *Esecuzione (materia penale)*, in *Il Digesto Italiano*, X, Torino, 1895-1898, 585 definiva l'esecuzione penale «il tratto di unione delle funzioni giudiziarie con le funzioni amministrative». P. MARSICH, *L'esecuzione penale (Saggio introduttivo)*, Padova, 1927, 37, nt. 1 classificava Lucchini tra i fautori della tesi 'mista'.

¹⁹ A. MOSCATELLI, *Esecuzione* (1895-98), cit. [nt. 18], 586.

²⁰ P. TUOZZI, *Principii* (1911), cit. [nt. 13], n. 508, 589-590; ivi, *Prefazione alla seconda edizione*, 6 (qui l'A. immaginava che le autorità giudiziarie e amministrative «si d[esser]o la mano nell'attuazione della suprema finalità dello Stato di affermare il diritto»).

²¹ F. GRISPIGNI, *Il nuovo diritto criminale negli avamprogetti della Svizzera, Germania ed Austria. Tentativo di una interpretazione sistematica del diritto in formazione*, in *La Scuola positiva*, XXI (1911), sr. III, vol. II, n. 5-6 (mag.-giu.), 288-289. Anni dopo, F. GRISPIGNI, *La sanzione criminale nel moderno diritto repressivo*, in *La Scuola Positiva*, XXX (1920), sr. IV, vol. XI, 422-423 ribadiva che gli ordinamenti penali moderni sottoponevano al controllo dell'autorità giudiziaria, «e possibilmente» dello stesso giudice che avesse pronunciato la condanna, la periodica verifica della pericolosità: verifica che non rappresentava un giudizio di revisione (lo impediva il limite del giudicato) bensì «un'esecuzione» dell'ordine, implicito nella sentenza, di far cessare la sanzione una volta acclarata la cessazione del presupposto. Ivi, 419 un cenno al principio, ammesso dai sistemi progrediti, di sostituibilità della sanzione in fase di esecuzione, entro limiti di legge «e sempre colla garanzia dell'intervento dell'organo giurisdizionale».

²² L. MORTARA, *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile. Volume I – Teoria e sistema della giurisdizione civile*, Milano, s.d. [1898?], n. 23, 23. Il brano era citato da E. MASSARI, *Il processo penale*, in *Il Filangieri*, XXXI (1906), 244, il quale (ivi, 245) lo considerava un saggio dell'«adattabilità del diritto positivo italiano alla teoria [...] subbietiva del processo penale», a sua volta «ovvia applicazione» (ivi, 243) della tesi mortariana dell'identità tra giurisdizione civile e penale.

civile e penale. Nemmeno in questa sede egli si soffermava specificamente sull'esecuzione: gli interessava, piuttosto, mostrare come qualsiasi processo si strutturasse sempre come conflitto tra diritti soggettivi. In quest'ottica, egli osservava che la pena non «spoglia[va]» il condannato «dei diritti subbiettivi (libertà, proprietà, ecc.), da lui legittimamente goduti»: la sentenza di condanna accertava soltanto che il reo, in «proporzione» alla condanna inflittagli, mancava «del titolo per posseder[li]» nella «misura normale» equivalente a quella degli altri consociati²³.

Un'analoga trama concettuale tesseva Arturo Rocco nel breve ma cruciale saggio *Sul concetto del diritto subbiettivo di punire* (1905), riflessione «tecnico-giuridica» sul *ius puniendi* come diritto soggettivo e sul connesso «rapporto giuridico penale» tra Stato e reo. Per il giovane studioso napoletano il potere punitivo dello Stato moderno incontrava il limite del rispetto della personalità umana, come aveva insegnato Enrico Pessina. Pertanto sullo Stato gravava il «dovere giuridico» di astenersi dalle indebite lesioni alla «sfera di libertà» garantita al reo dal diritto penale; il reo vantava «verso lo Stato», com'era per lo più sfuggito alla dottrina, un «correlativo diritto [...] di libertà», consistente nella facoltà di «volere e di agire in quella parte o sfera di attività, non ostante l'assoggettamento alla pena, a lui lasciata libera dalla legge penale e conseguentemente di impedire in essa le illegittime invasioni da parte degli organi del potere esecutivo penale dello Stato (in specie, dell'amministrazione carceraria)»²⁴.

Rocco, peraltro, avrebbe accennato al medesimo, incomprimibile diritto di libertà anche nella celebre prolusione sassarese del 1910. Qui lo studioso lamentava incidentalmente che la contaminazione del penale con altri saperi stava portando a concentrarsi sulla classificazione del delinquente anziché sulla sua «personalità giuridica» e di conseguenza a dimenticare che persino il *condannato*, «entro certi limiti», meritava «la garanzia dei diritti» o interessi costituenti «il suo stato personale e la sua condizione patrimoniale»: prerogative di cui costui non andava «in alcun modo» privato, «essendo, per ora almeno, impossibile una sicura *diagnosi* della delinquenza potenziale» e forse «per sempre [...] una sicura *prognosi* della *delinquenza effettiva*»²⁵.

Mentre l'algida teoria generale di Arturo Rocco e le ariose panoramiche di Mortara fondavano giuridicamente una soglia minima di dignità da preservare fin dietro le sbarre, la poderosa monografia di Silvio Longhi del 1911, ambizioso tentativo di combinare gli strumenti repressivi 'classici' con le misure 'criminologiche' preventive, proponeva una diversa quadratura del cerchio: una volta conclusasi la fase prettamente *giuridica* dell'accertamento, nello stadio esecutivo del processo penale occorreva sprigionare, secondo il giurista bresciano, le nuove competenze psico-antropologiche richieste ai magistrati (magari con l'ausilio di «tecnici») e *localizzare* una giurisdizione in grado di determinare l'indole e la temibilità del delinquente e le relative variazioni²⁶.

Insomma, la penalistica dei primi anni Dieci non pareva più disposta a degradare l'esecuzione a irrilevante accidente fattuale. Certo, le esitazioni sistematiche erano vistose, e Manzini le registrava da par suo nel manuale del 1912: alcuni studiosi collocavano la materia nella procedura, altri nel penale sostanziale, altri «addirittura nel diritto amministrativo»; e pareva che «tutti» avessero «torto e ragione insieme». Lo studioso friulano proponeva una via d'uscita mista, che attribuiva al penale sostanziale quanto attenesse alla «pretesa punitiva dello Stato», inclusa la sospensione della pena; al diritto amministrativo le regole *materiali* (regime di espiazione della restrizione; riscossione delle multe etc.); al penale processuale le norme concernenti «le condizioni e i presupposti d'eseguibilità» delle decisioni, la disciplina degli

²³ L. MORTARA, *Commentario* (1898?), cit. [nt. 22], n. 485, 591-592.

²⁴ Ar. ROCCO, *Sul concetto del diritto subbiettivo di punire*, in *Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia del diritto pubblicati in onore di Vittorio Scialoja nel 25° anniversario del suo insegnamento*, Milano, 1905, I, 499-529; in *Giustizia penale*, XI (1905), coll. 401-408 e 441-451; e in Ar. ROCCO, *Opere giuridiche*, III, *Scritti giuridici vari*, Roma, 1933, 131 (*ius puniendi* e rapporto); ivi, 136 (rispetto della personalità del reo e richiamo a Pessina); ivi, 139 (dovere dello Stato e diritto di libertà del reo); ivi, nt. 2 il rimprovero alla dottrina, salvo che a Binding); ivi, 139-143 (giuridicità del rapporto tra «pretesa» dello Stato e «dovere» del reo, quest'ultimo non solo oggetto ma anche soggetto passivo del *ius puniendi*). L'A. citava E. PESSINA, *Elementi di diritto penale [...]. Volume primo*, Napoli, 1882, § 144, 332-333, per il quale il dolore da procurare al delinquente doveva «rispettare il limite» della «personalità umana». La tesi del diritto subbiettivo di punire, condivisa dagli allievi di Rocco (ad es. da A. SANTORO, *Fondamenti della esecuzione penale*, Roma, 1931, 45; cfr. anche G. SOTGIU, *L'esecuzione penale. Volume primo. Parte generale*, Roma, 1935, 127), era invece prontamente contrastata da V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano. Volume I*, Torino, 1908, n. 45, 50, per il quale il potere punitivo scaturiva non da un rapporto ma dalla «sovranità». Per V. LANZA, *Principi di diritto processuale penale secondo il nuovo codice di procedura penale*, Roma, 1914, 35-36 nel processo diritti e doveri di giudice e parti non erano reciprocamente contrapposti, ma semmai nascevano dalla norma processuale, unica fonte di «ogni guarentigia dei diritti individuali di libertà».

²⁵ Ar. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale. Prelezione al corso di diritto e procedura penale letta nella R. Università di Sassari il 15 gennaio 1910*, in *Rivista di Diritto e Procedura Penale*, I (1910), pt. I, poi in Ar. ROCCO, *Opere*, III, cit. [nt. 24], 315-316.

²⁶ S. LONGHI, *Repressione*, cit. [nt. 13], n. 536, 926-927.

organi preposti a «promuovere (non [ad] attuare materialmente) l'esecuzione» e quella del contenzioso esecutivo (ad es. gli incidenti)²⁷.

A Longhi e Manzini fu rimproverato un certo *eclettismo*, anche per aver sovrapposto (specialmente il primo) il dato legislativo ad una previa visione criminologica²⁸. In effetti il mosaico normativo, almeno sino al varo del codice Finocchiaro-Aprile, era davvero laconico. Il c.p.p. del 1865, diversamente dall'omologo testo processual-civilistico, non conteneva un libro *ad hoc* sull'esecuzione; il libro II *Del giudizio* ospitava «inopportuno» un titolo (VI) sull'esecuzione delle sentenze; qualche altro titolo rilevante si rinveniva nel libro III²⁹. In base agli artt. 601-602 del c.p.p. 1865 e all'art. 144 del coevo Ordinamento giudiziario, il pubblico ministero (o il pretore) era «incaricato di promuovere l'esecuzione delle condanne penali» e, a questo scopo, poteva richiedere «l'assistenza della forza pubblica»: la funzione andava ricollegata alle «molte e forse anche contraddittorie [...] attribuzioni» conferite al p.m. dallo stesso Ordinamento, in particolare dall'art. 129 che lo elevava a *rappresentante del potere esecutivo presso l'Autorità giudiziaria*³⁰.

5.

La svolta del 1913.

Nella pregevole *Relazione* del 1905 al progetto di codice di procedura penale il ministro Camillo Finocchiaro-Aprile annunciava di voler condurre nell'alveo della «funzione giurisdizionale» sia gli atti esecutivi del p.m. sia l'eventuale «ingerenza» del giudice, che restava «latente» sino all'eventuale incidente d'esecuzione. Il «carattere giurisdizionale», spiegava più avanti il guardasigilli, giustificava che l'esecuzione trovasse «naturale sede in un Codice di procedura»³¹. Plaudendo al nuovo indirizzo, Alessandro Stoppato, relatore, nel 1912, per conto della Camera sul progetto ormai prossimo all'approvazione, si diceva convinto che il futuro rito avrebbe *purificato e perfezionato* il processo esecutivo³².

La *Relazione al Re*, presentando succintamente il definitivo libro IV (*Dell'esecuzione e di alcuni procedimenti speciali*), non nascondeva i dissensi emersi durante la discussione parlamentare circa l'immissione nel codice processual-penale di materie a «prevalente carattere amministrativo». Il guardasigilli pensava però che un codice dovesse regolare, oltre alla «cognizione» e all'«esecuzione», ogni altra «funzione giurisdizionale [...] collegata allo scopo finale del processo»³³. Il chiarimento non preservò Finocchiaro-Aprile dalla critica di «insufficiente elaborazione dottrinale» e «consueto spirito formalistico»; Lucchini, corrosivo *more solito*, si-

²⁷ V. MANZINI, *Manuale di procedura penale italiana*, Torino, 1912, n. 534, 833-835. Il giurista udinese avrebbe a lungo tenuto fermi i criteri discretivi: ID., *Trattato di procedura penale* (1914), cit. [nt. 15], II, n. 534, 675-676; ID., *Trattato di diritto processuale penale* (1932), cit. [nt. 15], IV, n. 534, 721-723. L. ANFOSSO, *Sistemi penitenziari*, in *Enciclopedia Giuridica Italiana [...]*, già sotto la direzione di P.S. Mancini, *Volume XV - Parte II, Sez. II*, Milano, s.d. (ma 1912-23), 923-924 riteneva «ovvio» che il «sistema penitenziario» si collegasse sul piano scientifico al diritto penale, «come metodo» a quello amministrativo. Con Manzini concordavano F. SIRACUSA, *Sintesi di diritto penitenziario*, in *Rivista di diritto penitenziario*, V (1934), n. 1, 28; G. SOTGIU, *L'esecuzione* (1935), cit. [nt. 24], I, 140.

²⁸ N. TOSCANO, *Lineamenti dell'azione esecutiva penale (contributo alla teoria generale del diritto e del rapporto giuridico processuale penale)*, Napoli, 1918, 18-19.

²⁹ P. TUOZZI, *Principii* (1911), cit. [nt. 13], n. 508, 589. Il c.p.p. 1865 prevedeva «una forma rudimentale di procedimento incidentale per la declaratoria di alcune cause estintive della pena»: U. CONTI, *La vigilanza*, cit. [nt. 17], 1225.

³⁰ A. MOSCATELLI, *Esecuzione* (1895-98), cit. [nt. 18], 590.

³¹ C. FINOCCHIARO-APRILE, *Relazione sul progetto del nuovo codice di procedura penale presentata [...] alla Camera dei Deputati nella seduta del 28 novembre 1905. Legislatura XXII - Sessione 1904-1905. Camera dei Deputati - Stampato num. 266*, in *Commento al Codice di procedura penale* a cura dei signori Sen. L. Mortara, Dep. A. Stoppato, Sen. G. Vacca, Comm. A. Setti, Comm. R. Denotaristefani, Comm. prof. S. Longhi. *Parte Prima - Lavori preparatorii. Volume secondo: I progetti ministeriali del 1905 e del 1911 (Relazioni e Testi)*, Torino, 1913, 65 (natura giurisdizionale degli atti esecutivi di p.m. e giudice) e 456 («naturale sede»). M. ANGIONI, *La dottrina del rapporto giuridico processuale civile nelle sue applicazioni al processo penale*, Cagliari, 1913, 165, nt. 3 avrebbe criticato la *Relazione* 1905 per aver indebitamente attribuito ai p.m. una funzione giurisdizionale di cui essi (benché ufficiali dell'amministrazione giudiziaria) erano sprovvisti.

³² A. STOPPATO, *Relazione della Commissione nominata dal Presidente della Camera [...] sul progetto del Codice di procedura penale per il Regno d'Italia e sul disegno di legge che ne autorizza la pubblicazione approvato dal Senato del Regno il 7 marzo 1912 (V. stampato n. 544) presentato dal ministro di grazia e giustizia e dei culti nella tornata dell'8 marzo 1912 [Camera dei Deputati. Atti parlamentari - Legislatura XXIII - Sessione 1909-12]*, in *Commento al Codice*, cit. [nt. 31], *Parte Prima [...]. Volume terzo: Lavori parlamentari [...] e redazione definitiva [...]*, Torino, 1915, n. 144, 334. Stoppato poneva l'accento proprio sui due aspetti innovativi (funzioni giurisdizionali del p.m. e incidenti d'esecuzione) messi in risalto dalla *Relazione* 1905.

³³ C. FINOCCHIARO-APRILE, *Relazione al Re*, in *Commento al Codice*, cit. [nt. 31], *Parte Prima. Volume terzo*, n. 94, 604. Il ministro accennava anche alle perplessità della commissione senatoria circa la giustapposizione di esecuzione e *procedimenti speciali (ibidem)*; critica ripresa da L. LUCCHINI, *Elementi* (1920), cit. [nt. 18], n. 373 bis, 486.

bilò che «altro è fare della dottrina e altro è intessere una legge»³⁴.

Nel merito, il c.p.p. 1913 confermava in capo al p.m. (o al pretore) il compito di *promuovere* l'esecuzione delle condanne penali (art. 556); *promuovere* – annotò subito chi appoggiava la 'svolta' giurisdizionale – non significava semplicemente imprimere una «spinta», bensì «disporre le cose in modo che lo Stato realizzi la sua pretesa punitiva» e quindi anche «esplicare un'attività *preparatoria e di controllo*» sino alla cessazione del rapporto³⁵. Spettava, invece, al giudice che aveva emesso la sentenza decidere sugli incidenti d'esecuzione (art. 558) mediante procedimento accusatorio non pubblico ma in contraddittorio (art. 559). La disciplina degli incidenti fu salutata come «un vero progresso nel senso di un aumento continuo delle guarentigie individuali contro il pubblico potere»; e fu unanimemente qualificata giurisdizionale³⁶.

Il quadro legislativo si completava con il r.d. 5 ott. 1913, n. 1177 il quale, nel coordinare il nuovo rito all'Ordinamento giudiziario del 1865, ribadiva (art. 20) un qualche coinvolgimento dell'autorità giudiziaria nella «vigilanza sulle persone arrestate» e nelle visite periodiche alle carceri; e rimetteva al pubblico ministero (o al pretore) il compito di curare che agli arrestati si risparmiassero «rigori non consentiti dai regolamenti».

Intenzioni tanto commendevoli quanto velleitarie. Esse confermano, comunque, l'indubbio timbro di giurisdizionalità apposto da Finocchiaro-Aprile al processo esecutivo. Sotto tale profilo, osservava il commentario Mortara-Aloisi, l'esecuzione penale si era avvicinata a quella civile, sebbene nella prima la funzione amministrativa giocasse un ruolo più *esteso* quanto all'attuazione delle condanne restrittive. I due coautori precisavano inoltre che nello stadio esecutivo penale la «funzione giurisdizionale», quand'anche apparisse «estranea e lontana», era in realtà sempre «presente e immanente»: il giudice era «investito di *competenza attuale*» per l'intera durata del procedimento e ciò gli permetteva di decidere sull'eventuale incidente non come episodio «isolato» bensì in virtù d'una permanente supervisione su atti «materialmente» compiuti «fuori del suo cospetto, ma intrinsecamente [...] soggetti al suo sindacato»³⁷.

Anche Florian, in più punti del *Commentario* del 1914, apprezzava la scelta del codice giolittiano di porre l'esecuzione «sotto l'egida dell'organo giurisdizionale» e di invocare l'intervento di quest'ultimo non solo per «risolvere le controversie», bensì per «sorvegliar[la] e diriger[la] [...] in un procedimento di verace tutela giuridica». Tuttavia, con un passaggio logico assai impegnativo, il penalista veneziano ascriveva alla scuola positiva il merito d'aver protratto la funzione del giudice «dopo la sentenza» sia «per interpretarla» sia «ancor più» per apportarvi modifiche o integrazioni «quanto al trattamento del condannato secondo la vicenda di nuovi fatti e precise eventuali norme del diritto materiale». Dunque, a dar credito alle parole di Florian, il giudice dell'esecuzione sarebbe stato legittimato ad intaccare il *dictum* del giudice dell'accertamento (seppur soltanto con riguardo al *quantum* sanzionatorio) ogni qualvolta fossero intervenuti *fatti nuovi* o (par di capire) fossero cambiate le leggi. Una simile prospettiva evoca al penalista di oggi recentissimi orientamenti delle Sezioni Unite suffragati

³⁴ P. MARSICH, *L'esecuzione*, cit. [nt. 18], 3 (insufficienza dottrinale); L. LUCCHINI, *Elementi* (1920), cit. [nt. 18], n. 373 *bis*, 486 («spirito formalistico»; differenza tra dottrina e legislazione).

³⁵ M. ANGIONI, *La dottrina* (1913), cit. [nt. 31], 166.

³⁶ A. SACCONE, *Del rapporto* (1914), cit. [nt. 11], 82 («vero progresso»); V. LANZA, *Principi* (1914), cit. [nt. 24], n. 477, 507 (l'incidente espressione di «potere giurisdizionale» e anzi [ivi, n. 114, 120] «vera e propria *continuazione della cognizione*»). Sui problemi interpretativi cui le norme davano luogo cfr. *ivi*, 507; A. SACCONE, *Del rapporto*, cit. [nt. 11], 88-93.

³⁷ L. MORTARA – U. ALOISI, *Spiegazione pratica del codice di procedura penale. Parte Seconda. Libri Terzo e Quarto (art. 351 a 653) e disposizioni per l'esecuzione del codice*, Torino, 1915, 541-542. Il brano fu riprodotto testualmente sia nella *Seconda edizione riveduta*, Torino, 1922 [rectius 1923], 541-542, sia da L. MORTARA, U. ALOISI, R. MANGINI, *Codice di procedura penale. Dell'esecuzione e di alcuni procedimenti speciali (libro IV, art. 554 a 653)*, in *Commento al Codice di procedura penale* a cura dei signori Sen. L. Mortara, Sen. A. Stoppato, Sen. G. Vacca, Gr. Uff. Prof. S. Longhi, Gr. Cord. R.le R. de Notaristefani, Torino, 1926, 3-4. All'impostazione di Mortara e Aloisi aderivano ancora G. SORTU, *L'esecuzione* (1935), cit. [nt. 24], I, 135-137; G. VASSALLI, *La potestà punitiva*, Torino, 1942, 211. Di costante presenza dell'autorità giudiziaria nell'esecuzione penale aveva già scritto M. ANGIONI, *La dottrina* (1913), cit. [nt. 31], 165. Sull'influenza di Mortara nella redazione del c.p.p. 1913 e sul commentario co-firmato con Aloisi si rinvia a M.N. MILETTI, *Un processo per la terza Italia. Il codice di procedura penale del 1913. I: L'attesa*, Milano, 2013, 344 e 465-466.

dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo³⁸.

6.

La nuova fase del rapporto processuale.

La linfa giurisdizionale innestata nell'esecuzione dal codice Finocchiaro-Aprile costringeva la *civilistica penale* a rimeditare sull'estromissione dello stadio esecutivo dal cd. rapporto giuridico processuale³⁹.

In un passaggio non particolarmente limpido della monografia sulla riparazione degli errori giudiziari (1906) Arturo Rocco aveva riconosciuto che il diritto processuale costituiva il più fertile terreno di collaudo della teoria del rapporto giuridico penale. Lo studioso aveva però escluso, salvo che per il caso degli incidenti, che in sede esecutiva si stabilisse tra le parti (Stato e imputato) un rapporto «diverso» da quello penale materiale esaminato dal processo e ormai definito dalla sentenza: «Qui [nell'esecuzione, *n.d.r.*] appare nuovamente lo Stato, nella sua veste di potere esecutivo (pubblico ministero) e di fronte ad esso il cittadino condannato o prosciolto»⁴⁰. Lo stesso Rocco, in altra opera giovanile di poco precedente, aveva inequivocamente definito l'autorità della cosa giudicata «la pietra sepolcrale» del procedimento penale⁴¹.

L'accoglimento del libro IV nel nuovo codice processual-penale incrinava una così categorica certezza. Proprio nel 1913 un volume di Mauro Angioni, che intendeva demolire la tesi mortariana dell'«identità» sistematica tra processo civile e penale e della conseguente «unità» della giurisdizione, segnalava come i due riti si discostassero anche nella frazione esecutiva: l'esecuzione penale (non quella civile) non assurgeva ad «organismo autonomo», bensì era «pensabile soltanto come il *necessario* e *immancabile* svolgimento ulteriore del procedimento di cognizione»; in essa l'autorità giudiziaria era «sempre presente» grazie all'ufficio del pubblico ministero; i rapporti tra Stato e reo non si *dileguavano*, bensì rimanevano «sempre visibilissimi e immanenti»⁴².

Ricondurre l'esecuzione penale nei calchi del rapporto processuale, spiegava in un'agile monografia del 1914 il giudice veneziano Antonio Saccone, non era un esercizio accademico: come insegnava, infatti, il De Marsico, le norme di conclamata natura procedurale erano *accentuatamente duttili* sia in termini ermeneutici sia di garanzie soggettive. Al pari di Angioni, Saccone era persuaso che, durante l'esecuzione, il rapporto processuale non fosse che prosiegua di quello unico e «inscindibile» instauratosi con l'accertamento: identici erano il presupposto (la sentenza) e i soggetti partecipi. Egli rovesciava, anzi, le trattezie tassonomie dei processualisti e si spingeva ad affermare che il giudizio di cognizione o di dichiarazione in tanto esisteva

³⁸ E. FLORIAN, *Il processo penale* (1914), cit. [nt. 16], n. 10, 20 (egida); ivi, n. 123, 194 (carattere giurisdizionale); n. 122, 192 (esecuzione come prosecuzione del rapporto fissato in sentenza); ivi, n. 122, 193 (meriti della scuola positiva). Più di maniera l'affermazione secondo cui l'intervento del giudice dell'esecuzione sulla sentenza dovesse badare alla «difesa sociale» e alle attitudini del condannato; così come l'idea che la vigilanza giurisdizionale tutelasse «la libertà individuale» (*ibidem*). La «teorica» di Florian parve a N. TOSCANO, *Lineamenti* (1918), cit. [nt. 28], 18 insufficiente e inficiata da considerazioni di politica criminale. Sui recentissimi orientamenti delle Sezioni Unite della Cassazione riguardo all'ampliamento dei poteri del giudice dell'esecuzione in sede di rideterminazione della pena cfr. ora B. NACAR, *Legalità della pena e poteri del giudice dell'esecuzione*, Milano, 2017, spec. 325-328. Da notare che un positivista 'non allineato' come A. ZERBOGLIO, *Introduzione a Commentario del nuovo codice di procedura penale*. Direttori R. Garofalo, A. Berenini, A. Zerboglio, E. Florian [...], *Vol. IV (Libro IV del codice di procedura penale)*, Milano, 1914, 7 auspicava un'autonoma e organica codificazione dell'esecuzione *amministrativa* delle pene: tesi ripresa da Rappaport negli anni Trenta (cfr. A. SANTORO, *Fondamenti*, cit. [nt. 24], 3; G. MAGGIORE, *Aspetti dogmatici nel problema della esecuzione delle misure di sicurezza*, in *Rivista di diritto penitenziario*, V [1934], n. 5, 960).

³⁹ Sul concetto di rapporto giuridico processuale e sui potenziali risvolti garantistici v. M.N. MILETTI, *La scienza nel codice. Il diritto processuale penale nell'Italia fascista*, in *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, a cura di L. Garlati, Milano, 2010, 74-79; M.N. MILETTI, *Dall'ancillarità alla separazione. La procedura penale nella scienza giuridica italiana tra Otto e Novecento*, in *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, a cura di L. Foffani e R. Orlandi, Bologna, 2016, 37-38 e 53. Sulla *civilistica* penale v. M. SBRICCOLI, *La penalistica civile*, cit. [nt. 3], I, 580-583.

⁴⁰ Ar. ROCCO, *La riparazione alle vittime degli errori giudiziari. Studi*, Napoli, 1906, 99, 103-104. Le espressioni adoperate da Rocco per rimarcare che il diritto dello Stato alla punizione e quello del prosciolto alla liberazione discendevano entrambi dalla pronuncia giudiziale (ivi, 104) presentavano evidenti assonanze con le parole (non citate) di L. MORTARA, *Commentario* (1898?), cit. [nt. 22], I, n. 23, 24. Qualche affinità con la tesi di Rocco si rinviene in G. SOTGIU, *L'esecuzione* (1935), cit. [nt. 24], I, 127, per il quale il rapporto esecutivo non era quello processuale, bensì quello punitivo originario, arricchitosi dell'accertamento giudiziale.

⁴¹ Ar. ROCCO, *Trattato della cosa giudicata come causa di estinzione dell'azione penale* (1904), ora in *Id.*, *Opere giuridiche. Volume secondo*, Roma, 1932, 18-19.

⁴² M. ANGIONI, *La dottrina*, cit. [nt. 31], 164-167; ivi, 174-175 per la presunta identità sistematica e l'esatta connotazione del concetto di rapporto giuridico processuale penale. Anche A. SACCONI, *Del rapporto* (1914), cit. [nt. 11], 18 osservava come l'accertamento penale, a differenza che nel processo civile, non restasse mai «infruttuoso e teorico», bensì mirasse a divenire «titolo di esecuzione immancabile».

in quanto destinato a «integrarsi nel giudizio di esecuzione»⁴³.

Convinto assertore della natura giurisdizionale dell'esecuzione penale, fatto salvo un inestirpabile nocciolo amministrativo (ad esempio, le assegnazioni ai singoli stabilimenti penali), Saccone innervava la teoria del rapporto processuale col «soffio possente» del suo *credo* positivista. Dall'ormai pacifico diritto dello Stato a conservare un «controllo» sul prosciolto e a modificare la pena in corso di espiazione lo studioso desunse che la sentenza non segnava affatto la cessazione della «funzione del giudice», come pretendeva un formalismo semplicistico, ma semmai l'inizio di un'altra fase del rapporto penale tra Stato e individuo⁴⁴.

A suo parere, però, proprio il vincolo del rapporto processuale inibiva all'ordinamento dello Stato di «varcare, nello stadio esecutivo», i limiti fissati dalla sentenza di accertamento: qualsiasi ulteriore «pretesa» sarebbe risultata «illegale e lesiva del diritto del singolo». Il *caveat*, per la verità, collimava con quello lanciato dal Rocco da almeno un decennio, ma Saccone gratificava il giurista napoletano d'una semplice, cursoria citazione bibliografica⁴⁵ e preferiva appropriarsi nel testo delle incisive parole di Giovanni Battista De Mauro: il condannato, pur versando in uno *status subiectionis* di fronte al diritto soggettivo *assoluto* di punire spettante allo Stato, vantava «un vero *diritto subiettivo di libertà*», consistente sia «nella facoltà» di perseguire, «malgrado l'assoggettamento alla pena», i «suoi fini particolari» entro la sfera d'azione rimastagli «libera», sia «nella pretesa che lo Stato non la invad[esse] illegittimamente»⁴⁶. Per converso, proseguiva Saccone, lo stesso condannato aveva un dovere «assoluto» di adempiere, senza poter chiedere di farsi sostituire o di scontare altrove la sanzione. Quanto al ruolo della giurisdizione, Saccone riprendeva alla lettera le osservazioni di Florian aggiungendovi un'acuta notazione antropologica: la *sorveglianza* e la *direzione* del giudice sull'intero «ciclo» esecutivo, finalizzate ad *adattare* «la pretesa punitiva [...] alla psiche mutevole del delinquente», non erano che la trasposizione simbolica dell'antica presenza fisica del magistrato al castigo da lui inflitto⁴⁷.

In una nota rivelatrice Saccone, pur dichiarando di non voler interferire nelle decisioni tecniche dell'amministrazione penitenziaria, si augurava che non fosse «spenta ogni forma del controllo alle porte del carcere ove sono uomini ai quali la legge riserva ancora dei diritti»⁴⁸. A conforto dell'auspicio l'Autore richiamava una dotta esegesi di Gennaro Santoro (apparsa su *Rivista Penale* del 1908) all'art. 152 c.p., norma che puniva il pubblico ufficiale colpevole di «atti arbitrari» e «rigori non consentiti dai regolamenti» rispetto agli arrestati. Santoro, nel censurare i troppi arbitri *artificiosi* e *subdoli* della quotidianità carceraria, aveva identificato nella *suitas* o *sui proprietas* quella parte inalienabile «di libertà [...] gelosamente garantita» ai detenuti dalla legge e dai consociati⁴⁹.

L'esigenza di perimetrare un *minimum* di tutele della persona era dunque largamente avvertita tra studiosi di disparate sensibilità. E riguardava non solo il condannato ma anche il soggetto colpito da misure di sicurezza. In dissenso da colleghi che a queste ultime riconoscevano natura amministrativa, Florian invitava a considerare l'allargamento di «orizzonti» della giurisdizione penale, che ormai assoggettava a sé anche gli incolpevoli pericolosi. Al giurista veneziano, peraltro, pareva che il c.p.p. del 1913, per effetto d'un probabile pregiudizio ideolo-

⁴³ A. SACCONI, *Del rapporto* (1914), cit. [nt. 11], 27-32 (tesi giurisdizionale), 62 e 73 (favore per la scuola positiva), 14-16 (inscindibilità del rapporto processuale). La citazione sulla «duttività» era tratta da A. DE MARSICO, *La rappresentanza nel diritto processuale penale*, Milano, 1915 [sic], 124.

⁴⁴ A. SACCONI, *Del rapporto* (1914), cit. [nt. 11], 27-32 (giurisdizionalità dell'esecuzione sia delle pene sia delle misure di sicurezza: ivi, 28 l'A. giudicava persino troppo cauto il c.p.p. 1913); ivi, 59 (carattere amministrativo dell'«effettiva realizzazione» della sentenza); ivi, 61-62 (raffronto tra formalismo semplicistico e concezione positivista).

⁴⁵ Ivi, 48-49. L'A., il quale, d'accordo con Florian, rifiutava l'idea di un imputato «oggetto» di esecuzione (ivi, 51), citava sia (nel testo: ivi, 49) Giovanni Battista De Mauro (v. subito *infra* [nt. 46]), sia (ivi, 49, nt. 1) Ar. Rocco, *Trattato della cosa giudicata*, cit. [nt. 41], 210: quest'ultimo aveva sostenuto che la cosa giudicata ponesse il condannato al riparo dal rischio di condanne ulteriori o diverse da quella decisa in sentenza.

⁴⁶ G.B. DE MAURO, *La sentenza penale e i suoi presupposti processuali in rapporto al concetto di cosa giudicata (Tentativo di una ricostruzione sistematica)*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, II (1911), pt. I, fasc. 7, 388. L'A., che non si occupava specificamente dell'esecuzione bensì, in generale, di giurisdizione e di rapporto processuale, riservava a sua volta (ivi, 389) una lunga citazione al solito L. MORTARA, *Commentario* (1898), cit. [nt. 22], I, n. 23, 23.

⁴⁷ A. SACCONI, *Del rapporto* (1914), cit. [nt. 11], 52-53 (doveri del condannato); ivi, 57-58 (obblighi del giudice). Ivi, 62-66 l'A. sollecitava in chiave positivista il costante adeguamento della pena alla personalità del condannato.

⁴⁸ Ivi, 58, nt. 1 (auspicio del controllo; citazione da G. Santoro, su cui v. *infra* [nt. 49]).

⁴⁹ G. SANTORO, *La tutela di quel che resta di libertà ai detenuti*, in *Rivista Penale*, XXXIV (1908), vol. LXVII, 5 (atti arbitrari), 16 (*suitas*). L'A. (ivi, 20-21) aveva esortato a considerare la collocazione dell'art. 152 c.p. tra i *delitti contro la libertà* e a ricordare che la locuzione *atti arbitrari sulla persona* comparsa nei lavori preparatori era stata sostituita da *contro la persona*. Santoro auspicava comunque (ivi, 21) che il futuro codice di procedura penale eliminasse qualsiasi giustificazione all'uso di «mezzi illeciti» per il «fine onesto». Il saggio era citato da A. SACCONI, *Del rapporto* (1914), cit. [nt. 11], 58, nt. 1.

gico, fosse stato alquanto avaro di garanzie processuali nell'ambito delle misure in questione⁵⁰.

7.

Tra giurisdizione e amministrazione.

A dispetto della scelta inclusiva operata dal codice del 1913, delle diffuse pressioni garantistiche, delle nuove frontiere criminologiche, non pochi studiosi continuavano a ravvisare nell'esecuzione penale una preponderante natura amministrativa. Così si pronunciava «per incontrastato insegnamento della migliore dottrina» il manuale di Vincenzo Lanza del 1914, sul presupposto che la funzione andasse connotata in base non all'«organo» di provenienza bensì alla «natura dell'atto»⁵¹.

L'orgogliosa anomalia del giurista siciliano va letta in collegamento col suo schietto anti-formalismo, già conclamato nel manuale del 1914 ma direttamente puntato, nell'edizione del 1922, contro le insufficienze delle teorie sull'esecuzione penale: «Grava sugli studiosi della nostra disciplina, che non vogliono rinserrarsi nella contemplazione di problemi essenzialmente formalistici, il problema non nuovo né di facile soluzione: *che cosa faremo noi di quest'uomo che ha commesso il delitto e in confronto al quale è stata pronunciata la condanna?*». Era lì, secondo Lanza, quando si era «esaurita la fase *giuridica* del processo», che iniziava il «duro cimento» della criminalistica, chiamata non più a interpretare la condanna mediante l'«eleganza di una formula giuridica» bensì a determinare con criteri meta-giuridici l'efficacia della pena rispetto alla specifica individualità. E allora bisognava accostarsi all'esecuzione (come già aveva intuito il Longhi: v. *supra*, § 4) contemperando la dottrina *giuridica* e quella *penitenziaria*; non abdicando alla prima ma neppure ignorando auto-lesionisticamente la seconda⁵².

L'impressione è che Lanza insistesse sulla cifra amministrativa dell'esecuzione per liberarla dai lacci giudiziari e restituirle una dimensione filosofica o di 'alta' politica. Eppure, paradossalmente, la sua notorietà come studioso dell'esecuzione penale si lega ad un saggio del 1916 che cavalcava una tesi opposta, incentrata però sugli incidenti d'esecuzione. In questo scritto l'Autore coglieva negli incidenti una «fase giurisdizionale» che *ravvivava* il processo ed *eccitava* «la funzione di attuazione del diritto». A suo parere, anzi, questi avrebbero potuto essere ulteriormente valorizzati se fosse entrato in vigore l'art. 1 (poi soppresso) del progetto Finocchiaro-Aprile del 1905, il quale subordinava la punibilità al requisito della regolarità della pronuncia di condanna (nelle «forme stabilite dalla legge») ⁵³. All'epoca del progetto, quella norma era parsa al Lanza «guarentigia delle libertà cittadine», mentre Pietro Mirto l'aveva additata ad esempio di «ostentazione dottrinarina», di norma «astratta» e «sterile», di vacua «proclamazione legislativa», essendo scontato che i «poteri dello Stato» fossero «tenuti all'osservanza delle formalità legali [...] da una serie continua di controlli giurisdizionali e dalla minaccia della nullità»⁵⁴. Al contrario, ancora nel 1916, Lanza rimpiangeva l'eliminazione di quel prezioso spunto, su cui si sarebbe potuto scolpire un modello di giudice dell'esecuzione obbligato a verificare la «conformità della pronuncia di condanna alle "forme volute dalla legge"». Ad ogni modo,

⁵⁰ E. FLORIAN, *Il processo penale* (1914), cit. [nt. 16], n. 11, 21 (e ivi, nt. 1 per i diversi pareri di Longhi e Grisogni [1911]); ivi, n. 124, 194-196, ove l'A. deplorava soprattutto la mancata previsione di contraddittorio e impugnabilità e sospettava d'un complessivo pregiudizio del c.p.p. verso le misure di sicurezza (del resto battezzate *provvedimenti speciali*: ivi, n. 11, 20). Con Florian concordava A. SACCONI, *Del rapporto* (1914), cit. [nt. 11], 86. Credevano invece nel carattere amministrativo del procedimento di inflizione di misure di sicurezza (specie di quelle meramente preventive) Alimena, Rocco, Civoli, Tuozzi, Conti (così ivi, ntt. 1-2) nonché V. LANZA, *Principi* (1914), cit. [nt. 24], 506. Una vicenda assimilabile a quella delle misure di sicurezza aveva riguardato le misure di prevenzione, che nei turbolenti anni Novanta del secolo XIX avevano assunto una connotazione politica reazionaria: sicché la dottrina più progressista ne aveva caldeggiato la sottoposizione a vaglio giurisdizionale. Cfr. C. POESIO, *La questione criminale e il domicilio coatto nel giudizio dei socialisti*, in *Il domicilio coatto. Ordine pubblico e politiche di sicurezza in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di E. De Cristofaro, Acireale-Roma, 2015, 104, 108-116; E. DE CRISTOFARO, *Le critiche del positivismo criminologico al domicilio coatto e i progetti di abolizione tra Otto e Novecento*, ivi, 238.

⁵¹ V. LANZA, *Principi* (1914), cit. [nt. 24], n. 114, 119 (solo agli incidenti d'esecuzione l'A. riconosceva natura giurisdizionale: cfr. anche ivi, n. 477, 507); ivi, n. 471, 493; ivi, n. 472, 495 (illogicità della tesi che pretendeva di dedurre la giurisdizionalità del provvedimento dalla provenienza). Su quest'ultimo aspetto si esprimeva analogamente, ad altro proposito, Ar. Rocco, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Torino, 1913, 361-367; più tardi, nel senso indicato da Lanza si sarebbe pronunciato P. MARSICH, *L'esecuzione* (1927), cit. [nt. 18], 70.

⁵² V. LANZA, *Sistema di diritto processuale penale italiano*. Seconda Edizione dei «Principi». Volume II – Rito, Roma, 1922, n. 422, 380-383. Analogo rilievo circa l'insufficienza del tecnicismo per comprendere il significato della pena si trovava già in Id., *Principi* (1914), cit. [nt. 24], n. 473, 497. Criticava la commistione tra discipline adombrata dal Lanza P. MARSICH, *L'esecuzione* (1927), cit. [nt. 18], 26.

⁵³ V. LANZA, *Azione esecutiva come azione revocatoria. Saggio sui Poteri del giudice d'esecuzione*, in *Rivista Penale*, XLII (1916), vol. LXXXIII, fasc. I-II (gen.-feb.), 6-7 (incidenti come rivitalizzazione del processo); ivi, 20 (art. 1 del progetto c.p.p. 1905).

⁵⁴ P. MIRTO, *Sul progetto del nuovo codice di procedura penale. Referendum della Rivista Penale*, in *Rivista Penale*, XXXVIII (1912), vol. LXXVI, lett. C, 20-21.

azzardava il giurista siciliano, anche a legislazione vigente lo stesso giudice dell'esecuzione ben poteva spingersi sino alla *revoca* della sentenza di condanna: l'incidente infatti, innescando una vera e propria azione *costitutiva* e *revocatoria*, oltre che – ovviamente – *esecutiva*, «spezza[va] la vigoria del giudicato» e lo travolgeva, specie se originato da nullità assolute. Insomma, la teoria lanziana sugli incidenti si atteggiava ad autentica provocazione dogmatica⁵⁵. In effetti, la si tacciò di voler brandire uno strumento amministrativo, un mero *additivo* e *completivo* di giustizia, come arma per *scardinare* le fondamenta del processo penale vanificando «il requisito sacro e intangibile» del giudicato e aggravando lo «stato di perplessità» della giurisdizione⁵⁶.

A prescindere, però, dagli incidenti, il fondatore della cd. scuola umanista continuò a pensare che l'esecuzione fosse «del tutto estranea» al processo penale e che le relative norme fossero confluite nel codice di rito «per un avvicinamento del tutto esteriore», non in quanto processuali in senso proprio. Col gusto del paradosso, lo studioso ricordava che alla giustizia stava a cuore l'*attuazione* della legge (che si realizzava con la sentenza), non l'*esecuzione*: sicché l'eventuale venir meno della seconda (per latitanza, emigrazione, prescrizione) nulla aggiungeva e nulla toglieva «al reale significato giuridico del processo penale», risolvendosi in una mera «contingenza [...] politic[a]». A suo parere, inoltre, il potere del p.m. preposto all'esecuzione rimaneva di ordine amministrativo e perciò «strettamente legato alla sentenza: nessuna, assolutamente nessuna, anche lievissima, facoltà» gli era concessa, tanto meno quella di modificare per via interpretativa le modalità d'esecuzione⁵⁷.

A risultati convergenti con quelli del Lanza, ma movendo dalle criptiche intuizioni di Arturo Rocco, perveniva un breve contributo (1918) dell'avvocato napoletano Nicola Toscano. L'Autore premetteva che «il rapporto giuridico esecutivo penale» sopraggiungeva dopo il passaggio in giudicato della sentenza ed estintosi il rapporto processuale: esso dunque, come aveva sostenuto Rocco, mirava ad attuare 'a ritroso' il primigenio *ius puniendi* dello Stato⁵⁸. Su questa base Toscano smontava pazientemente la tesi della giurisdizionalità dell'esecuzione penale e definiva invece quest'ultima, col Chiovenda, «mera amministrazione»⁵⁹.

8. La discrezione indiscreta.

La tumultuosa stagione del primo dopoguerra slatentizzò la politicità sottesa al bivio dogmatico tra *iurisdictio* e *administratio*. In un articolo del 1919 che si prefiggeva una mappatura delle tipologie di incidenti esecutivi il dottor Giacomo Matteotti reclamava per l'esecuzione penale un rafforzamento delle tutele giurisdizionali, a suo avviso più tranquillizzanti rispetto ai reclami gerarchici, nonostante egli non negasse la necessità d'un «margine amplissimo» di discrezionalità amministrativa. L'esecuzione penale ideale era, per il giovane penalista pole-sano, quella in grado di calibrare *in itinere* la pena all'«individualità» del condannato: andava dunque conformata come prosecuzione della cognizione «del delinquente». Eppure, constatava Matteotti, la legislazione vigente non permetteva che eccezionali «adattamenti»: di norma, l'esecuzione era lasciata ad autorità che ne facevano «questione di economia, di disciplina, di amministrazione, di tutto più che di individualizzazione penale». Una nota dell'Autore chiariva che soltanto le contingenze lo inducevano a preferire «il giudice al ministro dell'interno», e che in futuro sarebbe probabilmente emersa una «magistratura» specializzata nell'e-

⁵⁵ V. LANZA, *Azione esecutiva* (1916), cit. [nt. 53], 20, 34-36. Consapevole della provocazione, l'A. dichiarava di attendere «sereno la critica». Qualche anno dopo, ID., *Sistema* (1922), cit. [nt. 52], n. 431, 406-408 ribadiva le sue convinzioni e rappresentava l'incidente d'esecuzione come «un mezzo d'impugnazione [...] tendente a distruggere gli effetti del giudicato». Ivi, n. 442, 430-431 altre indicazioni sulla natura *revocatoria* dell'azione esecutiva.

⁵⁶ N. TOSCANO, *Lineamenti* (1918), cit. [nt. 28], 24-25 e 27. Il carattere amministrativo dell'azione esecutiva pareva all'A. (ivi, 32) compatibile con una pena finalizzata alla 'ferriana' difesa sociale e alla 'rocchiana' emenda.

⁵⁷ V. LANZA, *Sistema* (1922), cit. [nt. 52], n. 424, 388-390. Critico verso la tesi del Lanza sull'estraneità dell'esecuzione rispetto al processo penale P. MARSICH, *L'esecuzione* (1927), cit. [nt. 18], 24-25, il quale riteneva *illogico* «staccare» dal concetto di *azione*, «essenza del processo», il momento realizzativo dell'accertamento e della decisione. Però l'A. (ivi, 65) riconosceva natura amministrativa agli atti di esecuzione.

⁵⁸ N. TOSCANO, *Lineamenti* (1918), cit. [nt. 28], 9-10. Ivi, 10, nt. 1 l'A. riteneva (con qualche forzatura) che il Rocco avesse «implicitamente» ammesso la «possibilità di costruzione del rapporto giuridico esecutivo penale»; *ibidem* le (coerenti) motivazioni con le quali Ferri aveva rifiutato la teoria del rapporto giuridico processuale.

⁵⁹ G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile* [...]. 3ª Edizione riveduta e notevolmente aumentata, Napoli, 1913, 325. L'«attuazione definitiva della volontà accertata» (ivi, 297) non era giurisdizione: non lo era, dunque, «l'esecuzione della sentenza penale». Per la citazione da Chiovenda cfr. N. TOSCANO, *Lineamenti* (1918), cit. [nt. 28], 21. Da notare che al Chiovenda gli studiosi dell'esecuzione penale avrebbero contestato anche un altro, preliminare passaggio: la definizione di giurisdizione come *sostituzione* dello Stato ad un'attività dovuta (G. CHIOVENDA, *op. cit.* in questa nt., 297; riassumeva le critiche, condividendole, P. MARSICH, *L'esecuzione* (1927), cit. [nt. 18], 40-45 e 67).

secuzione, parimenti amministrativa ma soggetta al controllo giurisdizionale di «legalità». La via giurisdizionale, insomma, non rappresentava che «una *provisoria* tavola di salvezza, alla quale col consenso della legge conv[eniva] attaccarci [...]: perché quando, oggi, si dice che un provvedimento è affidato all'amministrazione, significa subito abbandono alla discrezione più indiscreta, all'arbitrio, a criteri» non congrui con i fini della pena⁶⁰.

Timori tutt'altro che peregrini. Nella processual-penalistica dei primi anni Venti il lemma *esecuzione* veniva sempre più spesso declinato nel senso di *attuazione*. Quest'ultimo vocabolo, a sua volta, assumeva sfumature generalmente autoritative, rivelate dall'abbinamento ad *imperium*⁶¹. Si pensi all'integrazione apportata da Manzini alla definizione di esecuzione: dalla versione 'elementare' del 1912-14 («l'attuazione delle disposizioni di una decisione giurisdizionale») a quella ben più imperiosa del 1925 («l'attuazione mediata della volontà della legge fatta coattivamente dall'organo esecutivo dello Stato»)⁶².

La coercitività sospingeva l'esecuzione penale nell'orbita della procedura⁶³: con conseguente indebolimento delle garanzie. Nel 1918 la I sezione della Cassazione, prendendo partito in un annoso dibattito dottrinale⁶⁴, si pronunciò per la natura *processuale* della sospensione condizionale della pena: la Suprema Corte respinse il ricorso presentato dalla veneta Margherita Benedetti la quale, condannata nell'estate del 1916 per contravvenzione al calmiere, si era vista negare il beneficio della condizionale, sebbene ritenesse d'averne pieno diritto in virtù d'una norma di procedura (l'art. 423 c.p.p. 1913) dagli evidenti risvolti sostanziali. Una nota critica di Florian obiettò che la concessione della condizionale non solo *accompagnava* la sentenza di condanna e non l'esecuzione, ma prospettava al reo «un certo trattamento» e perciò impegnava appieno «la potestà giurisdizionale del giudice», a prescindere dal carattere materiale o processuale della misura⁶⁵.

9.

L'ultima carta: il progetto Ferri.

Lo scenario che si è tentato sin qui di ricostruire veniva lambito per più aspetti dal progetto Ferri di codice penale del 1921. Da una rapida scorsa si evince che l'articolato ferriano catalizzò idee ormai metabolizzate tra gli addetti ai lavori e le rilanciò in forme persino moderate.

Il congegno sanzionatorio s'imperviava sull'unificazione tra pene e misure di sicurezza: a regime, le seconde non sarebbero state più utilizzate surrettiziamente per prorogare a tempo indeterminato le prime; sarebbero state strappate all'«arbitrio del potere amministrativo» e restituite alle «garanzie giurisdizionali». Oltre all'insolita scelta di disciplinare nel codice il lavoro carcerario (artt. 70-73), il progetto contemplava l'istituzione d'un *Consiglio di sorveglianza*, composto anche da un detenuto e dotato d'un potere disciplinare «immensamente più efficace e persuasiv[o]» di quello interamente amministrativo; e vietava di *bollare* i detenuti

⁶⁰ G. MATTEOTTI, *Classificazione degli incidenti di esecuzione*, in *Rivista di Diritto e Procedura Penale*, X (1919), pt. I, 114-137, e spec. 130-131; 131, nt. 51; 136-137. Le quattro classi di incidenti di esecuzione enucleate dall'A. (ivi, 124-125) comprendevano: gli incidenti interpretativi della sentenza; l'accertamento di fatti successivi alla sentenza; le contestazioni esecutive; le modifiche all'esecuzione (per estinzione, indulto etc.). Per il terzo gruppo (contestazioni esecutive) Matteotti reclamava la tutela giurisdizionale, che gli pareva più affidabile del reclamo gerarchico.

⁶¹ P. MIRTO, *Alla ricerca di un concetto scientifico sull'esecuzione processuale penale*, in *Rivista Penale*, XLVII (1921), vol. XCIV, fasc. 3, 200, 214 e 218-221, nel differenziare amministrazione da esecuzione, osservava che l'esecuzione penale costituiva esercizio di giurisdizione connotata da un marcato *imperium* coercitivo. Registrava la sintonia con Mirto a proposito di *imperium* esecutivo V. LANZA, *Sistema* (1922), cit. [nt. 52], II, n. 423, 384-385. Analoga, ma non identica, la definizione di Id., *Principi* (1914), cit. [nt. 24], n. 471, 492. Sulla distinzione tra giurisdizione e amministrazione cfr. P. MARSICH, *L'esecuzione* (1927), cit. [nt. 18], 62.

⁶² V. MANZINI, *Manuale* (1912), cit. [nt. 27], n. 533, 833; Id., *Trattato di procedura penale* (1914), II, cit. [nt. 15], n. 533, 675; Id., *Trattato di diritto processuale penale italiano*. Seconda edizione riveduta e accresciuta, *Volume IV*, Torino, 1925, n. 533, 691.

⁶³ P. MIRTO, *Alla ricerca* (1921), cit. [nt. 61], 222.

⁶⁴ Come s'è visto *supra* [§ 4] V. MANZINI, *Manuale* (1912), cit. [nt. 27], n. 534, 834 sosteneva che la sospensione della condanna, in quanto rinuncia alla punizione, rientrasse nel penale sostanziale; V. LANZA, *Sistema* (1922), cit. [nt. 52], II, n. 355, 211-212 invece vi attribuiva «natura essenzialmente *processuale*». Prima del c.p.p. 1913 gli studiosi avevano anche reclamato la giurisdizionalità (e dunque il rispetto del contraddittorio) della procedura di revoca della sospensione condizionale: D. RENDE, *Procedimento per la revoca della condanna condizionale e giudice competente a revocarla*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, II (1911), pt. I, 97-102, e spec. 99; in dissenso, quanto al giudice competente, F. SANNA-RANDACCIO, *Revoca della condanna condizionale – giudice competente*, ivi, 607-608. Per la legge Ronchetti 26 giugno 1904, n. 267 sulla condanna condizionale (legge che ampliava le ipotesi di sospensione) cfr. G.C. POLA, *Commento alla legge sulla condanna condizionale [...]*, Torino, 1905; A. ANDREOTTI, *La legge Ronchetti 26 giugno 1904 sulla condanna condizionale [...]*. Estratto dalla *Cassazione Unica (Parte Penale)*, XX, vol. XIX, n. 19-22, Roma, 1908 (ivi, 42-43 un fugace cenno alle «disquisizioni» sulla natura giuridica dell'istituto).

⁶⁵ E. FLORIAN, *Cenno sulla natura giuridica delle norme, dalle quali nasce la facoltà della condanna condizionale*. Nota a Cass., sez. I, 15 febbraio 1918, *pres. Appiani, rel. Santoro, p.m. Casella, ric. Benedetti*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, IX (1918), pt. II, 161-163; ivi, 161-165 il testo della sentenza.

«con un numero»⁶⁶.

La *Relazione* Ferri distingueva tra la fissazione *legale*, ossia codicistica, della sanzione; l'adattamento *giudiziario* di questa alla «personalità dell'imputato» a fini di «individualizzazione» e quindi di prevenzione speciale; e il momento *amministrativo* dell'esecuzione. Il penalista mantovano avvertiva che le sanzioni avrebbero dovuto non solo «emanare dal potere giurisdizionale del giudice» ma essere da questo «regolate e sorvegliate anche durante la loro esecuzione amministrativa, offrendo così una garanzia costante non solo per la società ma anche per i condannati». Tale «prosecuzione degli atti giudiziari al di là della sentenza» avrebbe «eliminato il grave difetto» attuale dell'incomunicabilità tra comparti della pubblica amministrazione: «Ora il giudice istruttore nulla sa[peva]» della sorte riservata alla sua istruttoria dal «giudice decidente»; il giudice deliberante ignorava gli sviluppi della sua condanna, così come «gli esecutori» non ne conoscevano le motivazioni⁶⁷.

All'inaugurazione del congresso catanese della scuola umanista, convocato nell'aprile del 1923 per esaminare il progetto Ferri, Vincenzo Lanza premetteva che uno dei problemi impellenti della «penalità» in Italia riguardava «il completo abbandono del reo dopo la condanna», a fronte delle «pressoché perfett[e]» garanzie apprestate all'imputato. La penalistica tradizionale – lamentava il giurista di Sciacca – era convinta che la «funzione dello Stato» si esaurisse con la celebrazione del processo, peraltro trasformato «in un veramente ignobile spettacolo teatrale». La scuola umanista, viceversa, desiderava assicurare una più *intensa* presenza dello Stato *educatore* (non più *gendarme*) proprio all'inizio dell'«esecuzione della condanna», al fine di evitare di consegnare il malcapitato «alla non certamente paterna né fraterna assistenza della guardia carceraria [...] nella spaventevole solitudine della cella». Al progetto Ferri il Lanza riconosceva l'«onore» di «aver posto il problema della riforma penitenziaria»: esso però, a suo avviso, non era sfuggito a quell'«eclettismo» che lo aveva allacciato al vecchio tronco del diritto penale⁶⁸.

Al crepuscolo dell'Italia liberale, la scienza penalistica si scopriva lontana dalla conquista della roccaforte carceraria. Era tuttavia riuscita, per vie tortuose, a gettare il seme della giurisdizionalizzazione dell'esecuzione, quel traguardo provvisorio che un profetico Matteotti suggeriva di tenersi stretto contro le prepotenze dell'amministrazione. L'esperienza del totalitarismo e la stagione repubblicana si sarebbero, peraltro, incaricate di raffreddare gli entusiasmi per le virtù taumaturgiche dell'intervento giudiziale e di dimostrare come il processo, per parafrasare Carnelutti, da baluardo contro la pena ingiusta possa diventare la più ingiusta delle pene⁶⁹.

⁶⁶ E. FERRI, *Relazione al Progetto preliminare di Codice penale italiano per i delitti (1921) (Libro I) [...] approvata dalla Commissione Reale per la riforma delle leggi penali*, in ID., *Principii di diritto criminale. Delinquente e delitto nella scienza, legislazione, giurisprudenza in ordine al Codice Penale vigente – Progetto 1921 – Progetto 1927*, Torino, 1928, 617 (unificazione di pene e misure di sicurezza), 713 (Consiglio di sorveglianza), 714 (metodi umanitari).

⁶⁷ E. FERRI, *Relazione* 1921, cit. [nt. 66], 716 (tripartizione funzionale); 693 (sorveglianza giudiziale). Riguardo alla determinazione *giudiziaria* della sanzione (ivi, 716), Ferri intendeva concedere al giudice non già «un arbitrio senza confini», bensì una facoltà di adattamento non costretta «in barriere meccaniche e troppo rigide».

⁶⁸ V. LANZA, *Il Progetto Ferri e la concezione Umanista della penalità*. Discorso inaugurale del Congresso per la riforma delle leggi penali [...]. Atti della Sezione XVII bis della XII Riunione della Società Italiana per il Progresso delle Scienze, Catania 5-11 aprile 1923, estr. dal *Bollettino di diritto penale*, I, fasc. I-II, Catania, 1923, 3-4 (abbandono del reo nel sistema vigente); ivi, 5-6 (giudizio sul progetto Ferri); ivi, 44-45 (misure rieducative propugnate dalla scuola umanista).

⁶⁹ F. CARNELUTTI, *Pena e processo*, in *Rivista di diritto processuale*, VII (1952), pt. I, 166.

Il carcere oggi: tra diritti negati e promesse di rieducazione

Prison Today: Rights Violation and Rehabilitation Purposes

ANGELA DELLA BELLA

*Ricercatore confermato di Diritto penale presso l'Università di Milano
angela.dellabella@unimi.it*

SISTEMA PENITENZIARIO, DIRITTI FONDAMENTALI,
FINALITÀ RIEDUCATIVA DELLA PENA,
DIVIETO DI TRATTAMENTI INUMANI E DEGRADANTI

PENITENTIARY SYSTEM, FUNDAMENTAL RIGHTS,
REHABILITATION, PROHIBITION OF DEGRADING
AND INHUMAN TREATMENT

ABSTRACT

I dati statistici a disposizione rivelano che dal 2010 ad oggi la popolazione carceraria è calata in misura consistente; d'altro canto però, negli ultimi due anni la popolazione carceraria ha ripreso a crescere a ritmi assai sostenuti. Da qui alcune riflessioni sugli effetti – in parte effimeri, in parte più duraturi – prodotti dalle riforme 'svuotacarceri' che sono seguite alle condanne subite dall'Italia in sede europea per la violazione dell'art. 3 Cedu. La sensazione è che, a prescindere dagli esiti della riforma dell'ordinamento penitenziario in atto, il sistema non abbia ancora maturato una reale capacità di cambiamento che è necessaria per dare vita ad un sistema dell'esecuzione penale realmente rispettoso dei principi costituzionali custoditi nell'art. 27 co. 3 Cost

Statistics show that prison population has significantly decreased since 2010. In the last two years, though, it has started rising again. Now is the time to think about the short and long term effects of the reforms following the judgment *Torreggiani v. Italy*, that has recognized a violation of ECHR Article 3. It seems to me that, regardless of the forthcoming reform of the penitentiary systems, there is no political will to implement changes that would be necessary to create a sanctionary system in line with constitutional principles.

SOMMARIO

1. Uno sguardo alle statistiche: qualcosa è cambiato. – 2. Le riforme post-Torreggiani: i traguardi effimeri. – 3. ...e quelli più duraturi. – 4. Verso un carcere dei diritti? – 5. Speranze e disincanto.

1.

Uno sguardo alle statistiche: qualcosa è cambiato.

Nell'attesa di una riforma dell'ordinamento penitenziario che è ormai imminente, vorrei sviluppare qualche riflessione sui mutamenti che sono avvenuti nel nostro sistema penitenziario a partire dalla "Dichiarazione dello stato di emergenza conseguente all'eccessivo affollamento degli istituti penitenziari presenti sul territorio nazionale"¹, al fine di tentare un primo bilancio della stagione di riforme seguita alle sentenze Sulejmanovic e Torreggiani della Corte europea dei diritti dell'uomo².

Nel procedere a questo compito, considero scontata la premessa secondo cui, tra le pene, quella detentiva è certamente la meno indicata per 'tendere alla rieducazione del condannato' e che pertanto laddove si ambisse a dare un'effettiva attuazione al principio costituzionale di cui all'art. 27 co. 3 Cost. si dovrebbe optare per un deciso spostamento del baricentro della risposta sanzionatoria penale verso sanzioni di comunità³.

Comincio l'analisi mettendo a confronto due fotografie: quella della popolazione carceraria nel 2010, ossia nel momento in cui il sovraffollamento raggiungeva il suo apice, e quella della popolazione carceraria oggi.

Sotto il profilo quantitativo, il confronto rivela una diminuzione significativa del numero dei soggetti reclusi: si è passati infatti dal picco massimo di 68.258 detenuti, al giugno del 2010, a quello minimo di 52.164 detenuti al dicembre 2015, con conseguente riduzione del sovraffollamento dal 150% nel 2010 al 105% nel 2015⁴.

Confrontando poi i dati relativi alla durata della pena inflitta ai soggetti detenuti, è possibile rilevare una netta diminuzione delle pene inflitte fino a 3 anni (erano circa 12.000 nel 2010, sono circa 8.000 oggi), così come delle pene residue inferiori ai tre anni (passata da 24.000, nel 2010, a 18.000): un dato che può leggersi forse come la conferma che gli strumenti alternativi introdotti stanno effettivamente operando nei confronti di condannati che altrimenti sarebbero stati destinati alla pena detentiva⁵.

Sotto il profilo qualitativo, invece, le variazioni sono meno marcate. Le nostre carceri,

¹ Lo stato di emergenza, (dichiarato con d.P.C.M. del 13 gennaio 2010) ha portato alla nomina di un Commissario straordinario del Governo per la gestione del Piano carceri, finalizzato alla costruzione di nuovi istituti penitenziari. I progetti, molto ambiziosi, hanno avuto una attuazione piuttosto modesta, se è vero che dei 12.000 nuovi posti progettati, ne sono stati realizzati poco più di 5.000 (cfr. le statistiche pubblicate sul sito del Ministero della giustizia).

² Il riferimento è C. eur. dir. uomo, Sez. II, 16 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia, in *Rass. penit. e crim.*, 2009, 175 ss., su cui cfr. M. BORTOLATO, *Sovraffollamento carcerario e trattamenti disumani o degradanti*, in *Quest. giust.*, 2009, 111 ss.; L. EUSEBI, *Ripensare le modalità delle risposte ai reati traendo spunto da C. eur. dir. uomo 19 giugno 2009, Sulejmanovic c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2009, 4938. E poi anche a C. eur. dir. uomo, 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia, in *Dir. pen. cont.*, 9 gennaio 2013, con nota di 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*. A commento della sentenza, cfr. anche G. DELLA MORTE, *La situazione carceraria italiana viola strutturalmente gli standard sui diritti umani (a margine della sentenza Torreggiani c. Italia)*, in *Dir. umani e dir. internaz.*, 2013, 147 ss.; M. DOVA, *Torreggiani c. Italia, un barlume di speranza nella cronaca del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 948 ss.; G. TAMBURINO, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2013, 11 ss.

³ Tale opzione è peraltro del tutto estranea agli attuali orizzonti della politica criminale, come dimostra la recente esperienza della delega sul sistema sanzionatorio, contenuta nella l. 28 aprile 2014, n. 67, che è stata lasciata 'scadere' nell'indifferenza generale. Come noto la delega, per il cui esercizio era stata nominata dal Ministro della Giustizia una Commissione presieduta dal prof. Palazzo, prometteva di metter finalmente mano al catalogo delle pene principali, anche solo al limitato fine di introdurre sanzioni detentive non carcerarie. Le ragioni di una tale inerzia sono evidentemente politiche e rivelano il timore di scontentare un'opinione pubblica abituata a credere che la prevenzione si raggiunga con la minaccia di pene detentive sempre più severe, anche se poi nei fatti ineffettive. Eppure mai c'è stato tanto accordo in dottrina, come sulla necessità di intraprendere con urgenza una riforma organica del sistema sanzionatorio, nel senso del ridimensionamento, già sul piano delle pene principali, dello spazio oggi occupato dalla pena detentiva. In questo senso cfr., tra i tanti, E. DOLCINI, *Riforma della parte generale del codice e rifondazione del sistema sanzionatorio penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, 823; L. EUSEBI, *La riforma ineludibile del sistema sanzionatorio penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1307; G. MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 160; F. PALAZZO, *Riforma del sistema sanzionatorio e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 97; M. PELISSERO, *La crisi del sistema sanzionatorio e la dignità negata: il silenzio della politica, i compiti della dottrina*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 261.

⁴ Dati ricavati dalle statistiche pubblicate sul sito del Ministero della giustizia.

⁵ Anche in questo caso i dati sono ricavati dalle statistiche pubblicate sul sito del Ministero della giustizia.

infatti, continuano ad essere abitate prevalentemente da stranieri⁶ e tossicodipendenti⁷, autori per lo più di reati relativi alla legge sugli stupefacenti e contro il patrimonio⁸. Dunque, oggi come ieri, le prigioni sono il luogo del contenimento dei marginali: migranti, tossicodipendenti e persone con disagio psichico.

L'unica variazione di qualche rilievo riguarda il calo del numero degli imputati: mentre nel 2010 rappresentavano circa il 42% del totale dei detenuti, oggi essi assommano a circa il 35%⁹.

2.

Le riforme post-Torreggiani: i traguardi effimeri.

La lettura dei dati mette in evidenza che dal 2010 qualcosa si è mosso. All'origine di questo movimento c'è sicuramente il diktat di Strasburgo che l'Italia non poteva permettersi di ignorare: incalzato dalla necessità di adempiere tempestivamente gli obblighi imposti dai giudici europei e sollecitato dalla Corte costituzionale a fronteggiare una situazione che la stessa non aveva esitato a definire come intollerabile, poiché tale da «pregiudicare i connotati costituzionalmente inderogabili dell'esecuzione penale»¹⁰, il Governo ha emanato una serie di provvedimenti finalizzati a ridurre le presenze dei detenuti in carcere. Oltre al «Piano carceri» per la costruzione di nuovi istituti penitenziari, a cui abbiamo già accennato, sono state introdotte molteplici riforme che, senza elencare nel dettaglio, cerco di tratteggiare per lo meno nelle linee generali¹¹.

In estrema sintesi, possiamo dire che si è puntato, da un lato, ad ampliare l'ambito di applicazione delle misure alternative già esistenti, così da ridurre il flusso di ingresso dei detenuti negli istituti penitenziari e, dall'altro, a potenziare i meccanismi per l'uscita anticipata dei detenuti. Si è poi intervenuti sul testo unico degli stupefacenti, ed in particolare sulla disciplina dello 'spaccio' di lieve entità, al fine di mitigarne il rigoroso e sproporzionato trattamento sanzionatorio¹².

Un altro intervento rilevante, forse più sul terreno simbolico che effettuale, ha riguardato l'eliminazione, seppur parziale, di quegli 'automatismi carcerari' che impedivano o comunque rendevano assai più difficile l'accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative alla detenzione per i c.d. recidivi reiterati¹³.

Ancora, da menzionare, l'introduzione nell'ordinamento della sospensione del processo con messa alla prova per gli adulti¹⁴ e le modifiche processuali volte alla restrizione dell'area di applicabilità della custodia cautelare in carcere¹⁵.

Quanto agli effetti di questa stagione di riforme, non si può non riconoscere che essa abbia determinato un deciso abbattimento del sovraffollamento carcerario: al dicembre del 2015 gli

⁶ Sempre dai dati del Ministero della giustizia ricaviamo che la percentuale di detenuti stranieri supera – tanto oggi, come nel 2010 – il 30% del totale.

⁷ Le statistiche sul numero di tossicodipendenti sono molto scarse e controverse: l'ultima rilevazione di cui sono a conoscenza risale al dicembre 2013, data alla quale si stimava che la percentuale di tossicodipendenti si aggirasse intorno al 23,8% del totale (cfr. ISTAT, *I detenuti nelle carceri italiane. Anno 2013*. Sulla problematicità dell'accertamento della tossicodipendenza in carcere, cfr. la Relazione conclusiva del Tav. IV degli Stati generali dell'esecuzione, pubblicata sul sito del Ministero della Giustizia). Possiamo poi ricavare qualche informazione in via di approssimazione dai dati relativi al numero di imputazioni per il reato di cui all'art. 73 t.u. stup., posto che a questo tipo di violazioni risulta per lo più associato il fenomeno della tossicodipendenza in carcere: secondo le più recenti statistiche gli ingressi negli istituti penitenziari per violazione dell'art. 73 sono leggermente calati negli ultimi anni (a seguito presumibilmente delle modifiche normative sull'art. 73 co. 5, nonché dell'intervento della Corte costituzionale con la sentenza 32/2014) e si aggirano attualmente intorno al 28,3% del totale.

⁸ Cfr. sempre le statistiche sulla popolazione penitenziaria del Ministero della giustizia.

⁹ Dato ricavato dalle statistiche del Ministero della giustizia.

¹⁰ Corte cost. 9.10.2013, n. 279, in *Dir. pen. cont.*, 19 dicembre 2013, con nota di A. DELLA BELLA, *Il termine per adempiere alla sentenza Torreggiani si avvicina a scadenza: dalla Corte Costituzionale alcune preziose indicazioni sulla strategia da seguire*. Sul punto cfr. anche A. PUGIOTTO, *L'Urlo di Munch della magistratura di sorveglianza*, in questa Rivista, n. 1/2014, nonché dello stesso Autore *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Dir. pen. cont.*, 10 giugno 2014.

¹¹ Per un'analisi dei provvedimenti contenuti nei due decreti c.d. 'svuota-carceri' emanati all'indomani della sentenza Torreggiani, si consenta il rinvio a A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, Torino, 2014.

¹² Sulle modifiche apportate al co. 5 dell'art. 73 t.u. stup. dal d.l. 23 dicembre 2013 n. 146, convertito nella legge 21 febbraio 2014, n. 10, sia consentito rinviare ancora a A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri*, cit.

¹³ Cfr. in questo senso la soppressione del divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione delle condanne a pena detentiva di cui all'art. 656 co. 5 c.p.p., nonché le modifiche all'art. 47 ter o.p. in materia di detenzione domiciliare, e all'art. 50 bis, in materia di semilibertà.

¹⁴ Per un'analisi di questa nuova misura, introdotta nell'art. 168 bis c.p. con l. 28 aprile 2014, n. 67, cfr. M. MIEDICO, *Art. 168 bis*, in E. Dolcini, G. Marinucci (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2015, IV. ed., vol. II, 2332.

¹⁵ Cfr. in particolare il d.l. 26 giugno 2014, n. 92, conv., con modif., in l. 11 agosto 2014, n. 117, con il quale si è previsto un divieto di applicazione della custodia cautelare in carcere per le pene non superiori ai tre anni (art. 275 c. 2 bis c.p.p.), su cui M. DANIELE, *Il palliativo del nuovo art. 275 co. 2 bis c.p.p. contro l'abuso della custodia cautelare*, in *Dir. pen. cont.*, 22 settembre 2014.

istituti penitenziari contenevano circa 15.000 persone in meno rispetto al dicembre di cinque anni prima.

Un tale alleggerimento del sistema penitenziario – che peraltro, è bene sottolineare, non sembra aver avuto alcun riflesso sul piano dell'andamento della criminalità¹⁶ – rappresenta di per sé un traguardo. Se è vero infatti che, come è stato da più parti osservato, i problemi dell'esecuzione penitenziaria non coincidono con la questione dei metri quadri a disposizione del singolo detenuto, è però anche vero che la vivibilità dello spazio è *condicio sine qua non* di qualsiasi riforma. E' evidente, infatti, che un carcere sovraffollato è un luogo che di per sé calpesta i diritti e la dignità di chi lo abita¹⁷.

Il traguardo raggiunto ha però il limite di non essere duraturo: lo dimostra, purtroppo, il nuovo e deciso trend di crescita della popolazione carceraria degli ultimi due anni. Se dal 2010 al 2015 avevamo 'perso' 15.000 detenuti, dal 2015 ad oggi ne abbiamo riacquisiti circa 5.500¹⁸: una crescita galoppante che, se inalterata, ci riporterà ai livelli del 2010 in soli quattro anni. Il rimedio somministrato evidentemente non è di quello che aggredisce le cause: poco più di un antipiretico, insomma, che fa scendere la temperatura nell'immediato, ma che non assicura affatto la guarigione.

3.

...e quelli più duraturi.

Oltre ai provvedimenti 'svuota-carceri' di breve periodo, le riforme del periodo post-Torreggiani hanno segnato anche traguardi più duraturi.

Mi riferisco all'introduzione di un sistema di tutela giurisdizionale delle posizioni giuridiche dei detenuti e, in particolare, all'introduzione del reclamo giurisdizionale previsto dall'art. 35 *bis* o.p., nonché dei rimedi risarcitori disciplinati nell'art. 35 *ter* o.p.¹⁹.

Pur con tutti i limiti evidenziati dalla dottrina²⁰, tali nuovi istituti hanno colmato una vistosa lacuna dell'ordinamento, che non prevedeva un rimedio giurisdizionale di carattere generale utilizzabile dai detenuti per accertare le lesioni arrecate ai propri diritti dall'amministrazione penitenziaria²¹.

Le nuove disposizioni, nell'affermare implicitamente il principio fondamentale secondo cui la detenzione non priva il detenuto della titolarità dei suoi diritti, né del diritto di farli valere davanti ad un giudice, hanno anche rafforzato il ruolo del magistrato di sorveglianza non solo come giudice delle misure alternative, ma anche come garante della legalità all'interno del carcere.

Una funzione che, a dire il vero, l'ordinamento penitenziario del 1975 attribuiva già chiaramente alla magistratura di sorveglianza, ma della quale gli stessi giudici avevano in certa misura perso la consapevolezza, forse a causa anche dell'atteggiamento riottoso da sempre manifestato dall'Amministrazione penitenziaria, spesso restia a riconoscere carattere vincolante alle decisioni dei magistrati di sorveglianza assunte in sede di controllo della legalità dell'esecuzione della detenzione²².

Oltre a tali strumenti, di natura 'reattiva', a seguito delle riforme indotte dalla sentenza Torreggiani l'ordinamento si è dotato di uno strumento di carattere preventivo, per il controllo della legalità all'interno dei luoghi di detenzione: mi riferisco all'istituzione del 'Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale', ossia un'Autorità di garanzia, collegiale e indipendente, cui è attribuito il compito di vigilare affinché l'esecuzione della custodia dei detenuti, degli internati, dei soggetti sottoposti a custodia cautelare in carce-

¹⁶ Cfr. le statistiche riportate nel dossier *Delitti, imputati e vittime di reati*, 2017, elaborato dall'Istat e reperibile in <https://www.istat.it/it/archivio/204158>.

¹⁷ Cfr. A. PUGIOTTO, *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1204.

¹⁸ Secondo i dati del Ministero della giustizia aggiornati al 30 settembre 2017, i detenuti sono attualmente 57.661.

¹⁹ Per un'analisi a tutto tondo dei due rimedi, ce sono stati introdotti rispettivamente dal d.l. 146/2013 e dal d.l. 92/2014, cfr. M. BORTOLATO, *Art. 35 bis o.p.*, in F. Della Casa, G. Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, V ed., Padova anno?, 394 ss., e G. GIOSTRA, *Art. 35 ter*, *ivi*, 415 ss.

²⁰ Cfr. in particolare A. PUGIOTTO, *La parabola del sovraffollamento carcerario*, *cit.*, 1204, che ritiene sostanzialmente ineffettivi i due nuovi rimedi.

²¹ Sulla lacunosità del sistema di tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti prima degli interventi normativi del 2013 e 2014, cfr. F. DELLA CASA, *Art. 69 o.p.*, in F. Della Casa, G. Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, *cit.*, 815 ss.

²² Sul tema sia consentito rinviare a A. DELLA BELLA, *La Corte costituzionale stabilisce che l'Amministrazione penitenziaria è obbligata ad eseguire i provvedimenti assunti dal Magistrato di sorveglianza a tutela dei diritti dei detenuti*, in *Dir. pen. cont.*, 13 giugno 2013.

re o ad altre forme di limitazione della libertà personale sia attuata in conformità alle norme e ai principi stabiliti dalla Costituzione, dalle convenzioni internazionali sui diritti umani, nonché dalle leggi dello Stato e dai regolamenti²³. Tale Autorità – la cui fisionomia e i cui poteri riprendono in larga parte quelli del Comitato per la Prevenzione della Tortura del Consiglio d'Europa – agisce in via preventiva con il potere di visitare, senza necessità di autorizzazione, gli istituti penitenziari e qualunque altro istituto nel quale si trovino persone private della libertà personale, di verificare – anche attraverso l'accesso ad atti e documenti dell'Amministrazione interessata – il rispetto degli adempimenti normativi connessi alla tutela dei diritti ed eventualmente di formulare specifiche raccomandazioni per sanare le violazioni riscontrate.

La recente Relazione presentata al Parlamento, all'esito del primo anno di lavoro, testimonia di un impegno importante dell'Ufficio del Garante, la cui attività si è rivelata preziosissima sia per la attenta 'mappatura' delle criticità del sistema, sia per il carattere estremamente pragmatico e realistico delle soluzioni proposte all'Amministrazione penitenziaria, in una logica costruttiva di scambio e collaborazione²⁴.

4. Verso un carcere dei diritti?

Su di un piano diverso, una delle conseguenze più importanti della stagione seguita alla vicenda Torreggiani è quella di aver reso manifesto anche ai giuristi più refrattari alla prospettiva sovranazionale il ruolo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e della giurisprudenza della sua Corte, che occorre necessariamente prendere in considerazione, in quanto parte integrante del nostro sistema, ai fini dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto nazionale.

Da questo punto di vista, occorre infatti riconoscere che la sentenza Torreggiani ha aperto un varco, consentendo la penetrazione nel nostro ordinamento della giurisprudenza europea in tema di art. 3 Cedu. Al di là della questione dello spazio minimo per detenuto, si sta finalmente affermando l'idea, tanto ovvia quanto però sino ad ora troppo poco esplicitata, secondo cui non può esistere alcuna rieducazione in una pena che, per le modalità della sua esecuzione, viola i diritti fondamentali della persona.

Il diffondersi di questa consapevolezza prelude ad un diverso modo di intendere l'idea rieducativa all'interno del carcere: mi sembra cioè che, a vari livelli, si sia abbandonata la prospettiva strettamente correzionalista, per abbracciare un modello apparentemente più sobrio, che vede nel carcere un luogo ove garantire e consentire l'esercizio dei diritti e dei doveri di cittadino.

Si sta dunque prendendo atto del fatto che un carcere per tendere alla rieducazione deve essere un luogo quanto più possibile simile al mondo dei liberi: una sorta di palestra per i detenuti, ove ricostruire o costruire *ex novo* una competenza a vivere nella legalità all'interno del consorzio civile. Per usare le parole di Lucia Castellano, che queste idee ha non solo coltivato ma anche attuato con coraggiosa lungimiranza, l'obiettivo deve essere quello di puntare alla costruzione di un "carcere dei diritti"²⁵.

Ciò che può sembrare paradossale è che in realtà questo modello di 'carcere dei diritti' non è stato inventato oggi, ma era già tutto scritto nella legge sull'ordinamento penitenziario del 1975 che in gran parte è rimasta inattuata. Ciò significa che la via da seguire per realizzare questo obiettivo è già segnata: si tratterebbe infatti soltanto, come da più parti messo in evidenza, di dare attuazione alle norme della legge 354 del 1975, che sono peraltro espressione di principi costituzionali e principi del diritto sovranazionale.

L'obiettivo, che astrattamente potrebbe sembrare minimale, è assai ambizioso, per chi conosce un minimo la realtà del nostro sistema penitenziario.

Pur con mille difficoltà ed ancora molte ombre, l'Amministrazione penitenziaria sta muovendo qualche passo in questa direzione.

Per fare un esempio concreto del processo in atto, si pensi alla modifica – avvenuta attra-

²³ La figura del Garante nazionale è stata istituita dall'art. 7 d.l. 146/2013, che ne precisa anche le funzioni ed i poteri.

²⁴ La Relazione può essere scaricata dal sito internet del Garante all'indirizzo: <http://www.garantenazionaleprivatiliberta.it>. A commento della Relazione cfr. G. TAMBURINI, *Il Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale: la Relazione al Parlamento*, in *Giur. pen. web*, 2017, 9.

²⁵ Cfr. L. CASTELLANO, *Il carcere dei diritti*, in *Il Mulino*, 6/2015. Sul punto cfr. anche, più ampiamente, L. CASTELLANO, D. STASIO, *Diritti e castighi*, Milano, 2010.

verso una serie di circolari del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria²⁶ – del regime penitenziario degli istituti. Se, fino ad un recente passato, la regola, quasi senza eccezione, era rappresentata da un modello di regime chiuso, negli ultimi anni si sta sperimentando, per lo meno nel circuito della 'media sicurezza', un modello di carcere 'aperto', caratterizzato cioè dalla libertà di movimento dei detenuti all'interno della sezione dell'istituto penitenziario nel quale sono collocati.

E' questo un presupposto necessario per la costruzione del carcere dei diritti, posto che l'esercizio degli stessi da parte dei detenuti presuppone la libertà del detenuto all'interno delle mura del carcere: è solo questa libertà – libertà ovviamente relativa – che, consentendo un percorso di responsabilizzazione della persona, crea le condizioni per avviare un percorso di risocializzazione.

Ora, è estremamente significativo constatare come l'introduzione di tale nuovo regime aperto – che ha rappresentato una vera e propria rivoluzione della vita quotidiana all'interno del carcere – non ha implicato alcuna modifica normativa: era infatti tutto già scritto nell'art. 6 o.p. che, nel distinguere tra locali di soggiorno e locali di pernottamento, sottintende che il detenuto debba essere 'rinchiuso' all'interno della cella solamente durante la notte²⁷. Eppure, con rare eccezioni, questa prescrizione non era mai stata attuata.

Il nuovo regime aperto presuppone anche una nuova idea di sorveglianza da parte degli agenti di polizia penitenziaria, la c.d. sorveglianza dinamica, a cui si fa esplicito riferimento, come si dirà, nella l. 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. Legge Orlando) per la riforma dell'ordinamento penitenziario), ossia l'arretramento del presidio fisso della polizia penitenziaria al di fuori della sezione e la sostituzione del controllo 'fisico' sulla persona del detenuto con un'attività di controllo a distanza, che deve nutrirsi di un percorso di conoscenza e di osservazione della persona²⁸.

E' evidente però che non basta tenere aperte le celle durante il giorno per garantire una esecuzione della pena rispettosa dei diritti fondamentali della persona: perché il carcere sia il luogo del recupero della persona occorre riempire il tempo della pena con attività attraverso le quali il detenuto possa 'allenare' le sue abilità di cittadino. Sotto questo profilo, un recente rapporto del Comitato per la prevenzione della tortura evidenzia delle criticità: negli istituti penitenziari visitati, si evidenzia come l'apertura delle celle in una con l'assenza di attività trattamentali e di strutture adeguate comporti lo stazionamento dei detenuti nei corridoi e negli spazi comuni in uno stato di sostanziale inattività²⁹.

Un altro esempio, di per sé banale ma significativo, del 'cambio di passo' dell'Amministrazione penitenziaria si ritrova nelle recenti circolari che hanno consentito e regolamentato l'accesso alla rete internet da parte dei detenuti ristretti negli istituti penitenziari. Come esplicitamente affermato in tali provvedimenti, la scelta si spiega con lo volontà di avvicinare il mondo del carcere a quello della società libera, posto che la mancanza di competenze nell'utilizzo delle tecnologie informatiche può rappresentare un grave ostacolo al percorso di reinserimento della persona una volta riacquistata la libertà³⁰.

Ancora, potrei fare riferimento alla recentissima circolare con la quale i vertici del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria hanno sollecitato «i provveditori regionali, i direttori degli istituti, i direttori generali, la direzione generale e il servizio informatico» a «intraprendere tutte le iniziative necessarie al fine di dismettere nelle strutture penitenziarie, da parte di tutto il personale, l'uso, sia verbale che scritto, della terminologia 'infantilizzante' e diminutiva, nonché le interloquzioni orali, soprattutto quelle dirette al detenuto»³¹. La circolare si richiama espressamente ai lavori del Tavolo II degli Stati generali dell'esecuzione, dai quali era emersa la convinzione che la strada per riconsegnare dignità all'esecuzione penale

²⁶ La prima di queste circolari, intitolata "[Modalità di esecuzione della pena. Un nuovo modello di trattamento che comprenda sicurezza, accoglienza e rieducazione](#)", è del 25 novembre 2011 ed è pubblicata in *Dir. pen. cont.*

²⁷ Cfr. C. RENOLDI, *Art. 6 o.p.*, in F. Della Casa, G. Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 106 ss.

²⁸ M. DE PASCALIS, *La via del cambiamento attraverso un modo d'essere diverso. La sorveglianza dinamica*, in *Le dispense dell'ISSP*, n.1/2013, Istituto Superiore Studi Penitenziari, Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, Ministero della Giustizia.

²⁹ In questo senso si osserva che «*the range of purposeful activities on offer remained limited and out-of-cell time was generally spent circulating in wing corridors and communal rooms. Steps should be taken to improve the programme of activities on offer to inmates and to enhance the involvement of prison officers in such activities*». Cfr. *Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 8 to 21 April 2016*. Sul rischio di un'eterogeneità dei fini del modello della sorveglianza dinamica, cfr. A. PUGIOTTO, *La parabola del sovraffollamento carcerario*, cit., 1204.

³⁰ Cfr. Circolare Dipartimento amministrazione penitenziaria 2 novembre 2015, n. 0366755.

³¹ Cfr. Circolare Dipartimento amministrazione penitenziaria 31 marzo 2017, n. 0112426.

doveva passare anche per una rimodulazione del linguaggio ed in particolare per l'abolizione del gergo carcerario, così lontano dal linguaggio del mondo dei liberi e spesso carico di una connotazione pesantemente negativa³².

Se, in sé, l'idea è certamente apprezzabile, non si può però fare a meno di considerare che tale intervento, per essere preso seriamente in considerazione dai suoi destinatari, dovrebbe forse seguire e non precedere altri interventi, di sostanza oltre che di forma, che risultano in questo momento decisamente prioritari, per assicurare la dignità dei detenuti nel nostro sistema penitenziario.

5. Speranze e disincanto.

Dopo l'esperienza, che si è rivelata davvero ricca e feconda, degli Stati generali dell'esecuzione, siamo ora alle porte di una nuova riforma dell'ordinamento penitenziario³³.

Sono infatti ora in fase di preparazione i decreti legislativi che dovranno attuare i criteri di delega contenuti nella legge 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. Legge Orlando).

Secondo quanto emerge dalla lettura dei criteri di delega, l'intervento governativo seguirà due diverse direttrici: da un lato la riduzione del terreno occupato dalla pena carceraria; dall'altro la umanizzazione dell'esecuzione della pena detentiva nel senso, come si diceva più sopra, del 'carcere dei diritti'.

Il primo obiettivo dovrà essere raggiunto attraverso l'ampliamento dei presupposti di accesso alle misure alternative e attraverso il superamento di quegli automatismi che impediscono l'individualizzazione del trattamento rieducativo. Al di là dell'assoluta genericità nella formulazione del criterio, l'obiettivo che il legislatore sembrerebbe perseguire è certamente apprezzabile, soprattutto laddove si allude al superamento della differenziazione dei percorsi penitenziari nei confronti dei recidivi e degli autori dei reati di cui all'art. 4 bis o.p.

Ad una più meditata riflessione, tuttavia, ci si rende conto che il superamento che potrà derivarne sarà necessariamente parziale: la legge delega, infatti, esclude il superamento degli automatismi «nei casi di eccezionale gravità e pericolosità e *comunque* per le condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale»: ciò significa che la presunzione assoluta di pericolosità alla base dell'art. 4 bis o.p. – seppur ridotta nella sua estensione – non potrà essere totalmente eliminata.

Ma è il secondo obiettivo che risulta di particolare interesse ai nostri fini, poiché si riferisce a modifiche funzionali a garantire che l'esecuzione della detenzione, sia sul piano intramurario, sia nella fase di esecuzione all'esterno, avvenga nel rispetto dei diritti fondamentali della persona.

I criteri contenuti nella legge – che, a dire il vero, per la loro estrema genericità paiono più affermazioni di principio che non vere e proprie direttive – riguardano, tra l'altro, l'incremento delle opportunità di lavoro, la valorizzazione del volontariato, il mantenimento delle relazioni familiari anche attraverso l'utilizzo di collegamenti audiovisivi, il riordino della medicina penitenziaria, l'agevolazione dell'integrazione dei detenuti stranieri, la tutela delle donne e, nello specifico, delle detenute madri, il rafforzamento della libertà di culto e, particolarmente rilevante, la «previsione di attività di giustizia riparativa e delle relative procedure, quali momenti qualificanti del percorso di recupero sociale sia in ambito intramurario sia nell'esecuzione delle misure alternative».

Tra i vari interventi quello più specifico riguarda il riconoscimento del diritto all'affettività dei detenuti e degli internati e la predisposizione delle condizioni necessarie per garantirne l'esercizio. È evidente che, con tale espressione, il legislatore ha inteso riferirsi tanto al diritto a coltivare relazioni affettive significative con il proprio nucleo familiare, quanto, più specificamente, alla necessità di garantire relazioni sessuali del detenuto con il proprio partner.

L'intervento è necessario ed urgente da un lato perché – e non c'è bisogno di spendere molte parole per dimostrarlo – il mantenimento delle relazioni familiari e affettive è imprescindibile per garantire l'umanità della pena e per non ostacolare il percorso di reinserimento sociale;

³² La Relazione conclusiva del Tavolo II degli Stati generali dell'esecuzione può leggersi per intero sul sito internet del Ministero della Giustizia.

³³ Sugli Stati generali dell'esecuzione, ossia quel percorso di riflessione collettiva, promosso dal Ministro della Giustizia al fine di garantire la partecipazione di varie componenti della società alla preparazione delle linee della futura riforma del sistema penitenziario, cfr. G. GIOSTRA, *Si schiude un nuovo orizzonte per l'esecuzione penale? Delega penitenziaria e Stati generali: brevi considerazioni a margine*, in *Quest. giust.*, 2015, 61.

dall'altro perché il nostro sistema penitenziario è ormai uno dei pochi nel panorama europeo a non aver introdotto soluzioni in grado di consentire l'esercizio di tali diritti ai detenuti. Anche la Corte costituzionale – pronunciandosi sul tema nella sentenza n. 301 del 2012³⁴ – aveva evidenziato l'inadeguatezza del nostro sistema e aveva auspicato che il problema fosse oggetto di «ogni attenzione da parte del legislatore, anche alla luce delle indicazioni provenienti dagli atti sovranazionali richiamati dal rimettente (...) e dell'esperienza comparatistica, che vede un numero sempre crescente di Stati riconoscere, in varie forme e con diversi limiti, il diritto dei detenuti ad una vita affettiva e sessuale intramuraria».

In effetti, come ho anticipato, anche ad un esame cursorio del panorama internazionale ci si rende conto, con immediata evidenza e con un certo imbarazzo, che sono oramai pochissimi gli ordinamenti europei nei quali il diritto all'affettività e alla sessualità dei detenuti non viene riconosciuto: le c.d. visite familiari e/o coniugali sono infatti oramai una realtà consolidata in Albania, Austria, Belgio, Croazia, Danimarca, Francia, Germania, Norvegia, Olanda, Svizzera, Spagna, Svezia (e l'elenco non è certamente esaustivo).

Ciò detto, non sono però così ottimista: la reazione scomposta di alcuni sindacati di polizia penitenziaria all'annuncio di un possibile intervento normativo su questo piano – che certamente riflette posizioni di ampia parte dell'opinione pubblica – lascia immaginare la difficoltà politica di procedere ad una riforma sul punto³⁵.

In chiusura dei vari criteri direttivi compare poi la previsione di «norme volte al rispetto della dignità umana attraverso la responsabilizzazione dei detenuti, la massima conformità della vita penitenziaria a quella esterna, la sorveglianza dinamica». Si tratta dell'affermazione di un principio generale – trasversale a tutti i criteri direttivi – con cui si dà espressione all'idea che non può esservi alcuna 'tensione' verso la rieducazione in un sistema penitenziario che non sia animato dall'obiettivo della tutela della dignità umana e dei diritti fondamentali della persona.

Come risulta evidente, l'obiettivo è quello di dare riconoscimento normativo al processo di cambiamento che, come abbiamo visto, l'Amministrazione penitenziaria ha avviato negli ultimi anni.

Non posso tuttavia non osservare che stride con affermazioni di così ampio respiro – e più in generale con una riforma che mira a dare maggiore tutela ai diritti fondamentali della persona detenuta – l'esclusione aprioristica da tutti i criteri di legge delega dei detenuti sottoposti al regime detentivo speciale: secondo quanto risulta dall'*incipit* del co. 85 della l. 103/2017, infatti, gli interventi sull'ordinamento penitenziario dovranno operarsi «fermo restando quanto previsto dall'art. 41 *bis*». Ora, nessuno dubita che i soggetti destinati a questo particolare regime detentivo siano portatori di una pericolosità particolarmente qualificata e che dunque la differenziazione del percorso esecutivo nei loro confronti sia del tutto ragionevole. Ma quel che desta perplessità è l'esclusione assoluta di questi detenuti da modifiche che attengono a diritti fondamentali che, pure con modalità diverse di esercizio, devono valere per tutti.

A prescindere da tale rilievo, che rimane comunque non secondario, la riforma sembrerebbe voler porre le basi per la costruzione di un modello di detenzione rispettoso dei diritti dei detenuti.

Insieme alle luci – che lasciano intravedere una volontà di cambiamento – ci sono anche delle ombre, che inducono a non nutrire un eccessivo ottimismo sull'effettivo mutamento delle linee di politica criminale.

Innanzitutto grava sulla incipiente riforma dell'ordinamento penitenziario il mancato intervento sul sistema delle pene principali che avrebbe dovuto ridurre 'a monte' lo spazio riservato alla pena detentiva: come è stato osservato, in assenza di quell'intervento, la riforma in corso si iscrive all'interno di una politica di 'interpolazione' di un sistema sanzionatorio carcerocentrico, che a livello politico non c'è ancora nessuna volontà di modificare³⁶.

In secondo luogo, come è stato osservato, desta perplessità il fatto che con la stessa legge che contiene la delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario nel senso, come si è visto,

³⁴ Si tratta della sentenza che ha dichiarato l'inammissibilità della questione di legittimità dell'art. 18 o.p. nella parte in cui prevede il controllo visivo del personale di custodia. Cfr. Corte cost. 11 dicembre 2012, n. 301, in *Giur. cost.*, 2012, 4726, con nota di F. FIORENTIN, *Affettività e sessualità in carcere: luci ed ombre di una pronuncia che rimanda al difficile dialogo con il legislatore*.

³⁵ Cfr. per tutti il comunicato della segreteria nazionale dell'Unione Sindacati di Polizia Penitenziaria, la cui gravità può intuirsi già a partire dal titolo: *Eiaculazione penitenziaria al via i rapporti sessuali dei detenuti in carcere ... ma fateci il "piacere"*, in www.uspp.it.

³⁶ Cfr. M. PELISSERO, *Gli stati generali sull'esecuzione penale: i problemi noti messi a nudo e la necessità di risposte di sistema*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 1125. Il riferimento è alla mancata attuazione della legge n. 67/2014 nella parte in cui delegava il Governo ad introdurre pene principali non carcerarie.

di ridurre lo spazio occupato dalla pena detentiva, si sia introdotto un inasprimento sanzionatorio per i reati contro il patrimonio. Come è stato osservato, l'innalzamento delle pene, operato sui minimi edittali, è destinato a tradursi in un più difficoltoso accesso alle misure alternative e dunque in un presumibile aumento della popolazione carceraria³⁷. Ci troviamo dunque davanti ad un legislatore che con la mano destra scrive norme carcerogene e con la sinistra invoca riforme per alleggerire il sistema carcerario.

In terzo luogo, non ci si può esimere dalla considerazione che la clausola di invarianza finanziaria contenuta nella legge delega costituisce una pregiudiziale pesante, poiché preclude la possibilità di investire le risorse necessarie per dare effettività al sistema.

La verità, forse, è che la riforma dell'ordinamento penitenziario non può esaurirsi in un intervento normativo.

Occorre lavorare quotidianamente per un cambiamento culturale sul tema della pena e del carcere in particolare.

Occorre conoscere e diffondere i dati statistici che dimostrano, da un lato, che l'esecuzione extramuraria genera meno recidiva rispetto all'esecuzione intramuraria della pena detentiva e, dall'altro, che un carcere 'aperto' e rispettoso dei diritti di chi lo abita genera meno recidiva rispetto ad un carcere 'chiuso'³⁸.

Occorre cioè, come ha osservato il professore Palazzo, impegnarsi in una battaglia culturale, tesa a diffondere l'idea che di per sé la privazione della libertà e dei diritti non genera sicurezza. E che, laddove deve esserci, il carcere deve essere un luogo che rispetta la dignità e i diritti dei detenuti, perché solo un 'carcere dei diritti' può ambire a risocializzare la persona realizzando una funzione di prevenzione speciale, secondo quanto sancito dalla nostra Costituzione.

³⁷ Cfr. in questo senso F. PALAZZO, *La riforma penale alza il tiro? Considerazioni sul disegno di legge A.S. 2067 e connessi*, in *questa Rivista*, 1/2016, 51 ss.

³⁸ Per alcuni interessanti dati statistici sul punto si veda la Relazione conclusiva del Tavolo XIV degli Stati generali dell'esecuzione, reperibile sul sito internet del Ministero della Giustizia.

Patibolo ed ergastolo dall'Italia liberale al fascismo

The Gallows and Life Imprisonment from Liberal Italy to Fascism

CRISTINA DANUSSO

Professore associato di Storia del diritto medievale e moderno presso l'Università dell'Insubria
cristina.danusso@uninsubria.it

PENA DI MORTE, ERGASTOLO, LAVORI FORZATI,
REGNO D'ITALIA, CODICE PENALE, ZANARDELLI,
ALFREDO ROCCO, FASCISMO

DEATH PENALTY, LIFE IMPRISONMENT, FORCED LABOR,
KINGDOM OF ITALY, PENAL CODE, ZANARDELLI,
ALFREDO ROCCO, FASCISM

ABSTRACT

Il saggio introduce il problema del rapporto pena di morte-pena perpetua con alcuni imprescindibili cenni al pensiero di Beccaria e al periodo sette-ottocentesco anteriore all'unificazione politica italiana. Esamina poi le principali tappe del lungo e tormentato iter che condusse, nel 1889, al codice penale unitario e alla sostituzione della pena capitale con l'ergastolo. Per raggiungere questo obiettivo, ostacolato da molti, i legislatori dovettero attribuire alla pena la massima efficacia intimidatrice e garantire l'eliminazione del condannato dalla società, sul presupposto della presunzione di incorreggibilità degli autori di reati gravissimi. La riforma è celebrata da molti come una grande vittoria, ma, per le pesanti modalità di esecuzione, dà adito anche a non poche critiche. Dopo l'avvento del fascismo, l'ideologia individualistica liberale viene soppiantata dalla concezione autoritaria della preminenza dei fini e degli interessi dello Stato su quelli degli individui. Essa implica che gli interessi dei cittadini e perfino la loro vita possano essere sacrificati se la conservazione e la difesa dello Stato lo esigano. In questo clima, gli attentati diretti contro il capo del governo forniscono l'occasione di reintrodurre, accanto ad un ergastolo mitigato, la pena capitale, dapprima con la legge del 1926, e poi stabilmente con il codice Rocco.

This paper analyzes the problematic relationship between the death penalty and life imprisonment. It starts off with some indispensable references to the thought of Beccaria, as well as to some criminal legislation in force in the late 18th century and in the first half of the 19th century. The essay then examines the main steps in the long and troubled path that led to the enactment of a national penal code in 1889 and to the replacement of capital punishment with life imprisonment. In order to accomplish this goal, which had been hindered by many, lawmakers had to make the punishment as intimidating as possible and guarantee the offender's removal from society, as such offenders were presumed to be incorrigible. Many people exalted the reform as a great victory, but others criticized it for the heavy ways in which the punishment was executed. In the Fascist period, the individualistic ideology of the liberal era was replaced by an authoritarian conception that placed the purposes and interests of the State before those of individuals. This meant that the interests of citizens and even their very lives could be sacrificed for the preservation and defense of the State. On the basis of these assumptions, the attacks against the prime minister provided the opportunity to reintroduce capital punishment, at first with the 1926 law, and then firmly with the Rocco Code; life imprisonment, however, was mitigated.

SOMMARIO

1. I precedenti, da Beccaria all'Italia unita. – 2. L'unificazione penale e l'abolizione della pena di morte. – 3. Le critiche all'ergastolo zanardelliano. – 4. Il fascismo e la reintroduzione della pena di morte.

1.

I precedenti, da Beccaria all'Italia unita.

Il tema del rapporto tra patibolo ed ergastolo¹, ossia del rapporto tra pena di morte e pena perpetua, non può essere svolto senza un accenno a quella pietra miliare della storia del diritto penale che fu il trattato di Cesare Beccaria: un libriccino esplosivo che spalancò le porte al dibattito sul problema penale, già in parte avviato da illustri illuministi come Voltaire e Montesquieu.

Individuando come scopi delle sanzioni penali la prevenzione speciale e la prevenzione generale, il giovane marchese, nella sua battaglia contro la pena capitale, indicava i lavori forzati perpetui come massimo deterrente per scoraggiare gli uomini dal delinquere.

Le pene, a suo avviso, dovevano essere «motivi sensibili» che «immediatamente percuotono i sensi e che di continuo si affacciano alla mente per controbilanciare le forti impressioni delle passioni parziali che si oppongono al bene universale»². Sulla base di questa idea di fondo, i lavori forzati a vita erano presentati come sicuramente più efficaci della pena di morte sotto il profilo intimidatorio: «Non è l'intensione della pena che fa il maggiore effetto sull'animo umano, ma l'estensione di essa; perché la nostra sensibilità è più facilmente e stabilmente mossa da minime ma replicate impressioni che da un forte ma passeggero movimento. [...] Non è il terribile ma passeggero spettacolo della morte di uno scellerato, ma il lungo e stentato esempio di un uomo privo di libertà, che, divenuto bestia di servizio, ricompensa con le sue fatiche quella società che ha offesa, che è il freno più forte contro i delitti». E ancora: «Perché una pena sia giusta non deve avere che quei soli gradi d'intensione che bastano a rimuovere gli uomini dai delitti; ora non vi è alcuno che, riflettendovi, scieglier possa la totale e perpetua perdita della propria libertà per quanto vantaggioso possa essere un delitto: dunque l'intensione della pena di schiavitù perpetua sostituita alla pena di morte ha ciò che basta per rimuovere qualunque animo determinato; [...]»³.

Come ha molto opportunamente osservato Loredana Garlati, nella raccapricciante immagine dell'uomo ridotto a *bestia di servizio*, ossia a schiavitù perpetua, il «difficile equilibrio tra umanità e utilitarismo, che attraversa le pagine dell'intero *pamphlet*, si spezza a favore del secondo: [...] nei lavori forzati Beccaria vede la risposta efficace al male diffuso della criminalità, l'effettiva medicina sociale (erroneamente e vanamente cercata nella morte) che per quanto amara diffonde i suoi benéfici effetti sull'intera comunità»⁴.

Come è noto, il sovrano illuminato che accoglie in pieno l'idea di Beccaria è Pietro Leopoldo, Granduca di Toscana, il quale, abolite del tutto le forche, nella sua *Leopoldina* del 1786, pone come «ultimo supplizio» la pena dei lavori pubblici a vita per gli uomini e l'ergastolo a vita per le donne. I primi hanno l'anello tondo al piede e una doppia catena, l'abito di colore e

¹ Il termine 'ergastolo' deriva dal greco ἔργον, opera, lavoro e dal verbo derivato ἐργάζομαι, da cui il sostantivo ἐργαστήριον, poi alterato nella lingua latina in *ergastulum*, carcere destinato ai condannati ai lavori forzati (per ulteriori notizie sulle origini dell'ergastolo, v. P. FIORELLI, 'Ergastolo (storia)', in *Enciclopedia del diritto*, 15, Milano, 1966, 223-225). Nel linguaggio attuale esso designa la reclusione a vita, ma in passato designava anche lo stabilimento in cui si scontava tale pena. Così era, per esempio, al tempo di Maria Teresa d'Austria, che, nell'ambito delle riforme carcerarie, alla fine degli anni '60 del '700, aveva fatto costruire nella Lombardia austriaca un edificio per la reclusione dei condannati alla pena del remo che non venivano più accolti dalle flotte genovesi o veneziane. Dall'inizio degli anni '80, tutti i condannati per i delitti più gravi scontavano la loro pena nell'Ergastolo. Il problema della commutazione della pena del remo in quella dell'ergastolo venne risolto dal governo austriaco (in contrasto con le proposte del Senato del 1769, che suggerivano di valutare tre anni di ergastolo come due anni di pena del remo) con la completa equiparazione, quanto alla durata, delle due pene (G. P. MASSETTO, *Aspetti della prassi penalistica lombarda nell'età delle riforme: il ruolo del Senato milanese*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 47 (1981), e in *Saggi di storia del diritto penale lombardo (secc. XVI-XVIII)*, Milano, 1994, 397-404; A. LIVA, *Carcere e diritto a Milano nell'età delle riforme: la Casa di correzione e l'Ergastolo da Maria Teresa a Giuseppe II*, in *La "Leopoldina". Criminalità e giustizia criminale nelle riforme del '700 europeo*, vol. 11, *Le politiche criminali nel XVIII secolo*, a cura di L. BERLINGUER e F. COLAO, Milano, 1990, 104-112.

² C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § I, *Origine delle pene*.

³ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § XXVIII, *Della pena di morte*.

⁴ L. GARLATI, *Nemo propheta in patria. La proposta abolizionista di Beccaria nel dibattito italiano di fine Settecento tra tiepidi entusiasmi e tenaci opposizioni*, in *Un uomo, un libro. Pena di morte e processo penale nel Dei delitti e delle pene di Cesare Beccaria*, a cura di L. GARLATI e G. CHIODI, Milano, 2014 (Strenna Giuffrè), XX-XXI.

taglio diverso dagli altri forzati con la scritta “ultimo supplizio”, i piedi nudi e sono impiegati nei lavori più duri e faticosi. Anche le donne indossano un abito particolare con la medesima scritta e compiono attività consone al loro stato⁵.

Queste modalità di esecuzione, come pure la durata perpetua, appaiono oggi in contrasto con la funzione di emenda, la quale peraltro è contemplata da Leopoldo tra gli scopi della pena, accanto alla riparazione del danno sociale e alla prevenzione generale e speciale. È lecito supporre che, nel caso della pena perpetua, l'emenda fosse considerata non come risocializzazione, bensì come correzione in senso morale⁶.

Un altro esempio di legislatore influenzato dalle idee di Beccaria è Giuseppe II, fratello maggiore di Leopoldo e imperatore d'Austria. Nel suo codice penale del 1787, egli abolisce sostanzialmente la pena di morte (lasciandola sopravvivere solo per reati di particolare gravità, per i quali si prevede il processo statario, cioè “sommarrissimo”, come nel caso dei capi di una sedizione che abbia procurato effettivo pericolo allo Stato⁷), ma predispone un vero e proprio arsenale punitivo cui non manca certamente il carattere della deterrenza. I crimini più gravi sono sanzionati con pene crudeli, forse peggiori della morte, come il carcere durissimo, l'incatenazione e il traino dei battelli controcorrente sul Danubio. Il primo può estendersi dai 30 ai 100 anni, da trascorrersi con un cerchio di ferro intorno al torace, ferri ai piedi, letto di assi, nutrimento a pane e acqua e isolamento assoluto⁸. L'incatenazione è tale da impedire tutti i movimenti, salvo i più indispensabili e, per pubblico esempio, implica annualmente anche delle bastonate⁹, mentre il traino dei battelli si risolve in una forma di pena di morte «al rallentatore»¹⁰.

Lo spirito del celebre § XXVIII del trattato del marchese lombardo aleggia anche nel primo progetto di codice penale della Francia rivoluzionaria, basato su presupposti che poi sono in parte respinti dall'Assemblea.

Michel Lepeletier de Saint-Fargeaux, ex presidente del Parlamento di Parigi e principale artefice del progetto, vagheggia utopisticamente una futura società priva di delinquenti, in quanto composta soltanto da cittadini virtuosi: in base ad un “Piano di educazione nazionale” di tipo spartano, lo Stato avrebbe dovuto sottrarre alle famiglie tutti i bambini dopo i cinque anni e si sarebbe dovuto occupare della loro educazione morale, eliminando dalla loro indole ogni istinto malvagio. In questa prospettiva, il diritto penale viene visto, al momento, come una terapia dolorosa, ma provvisoria, mentre alla pena si attribuisce anche una funzione educativa.

L'alto magistrato non respinge del tutto la pena di morte, ma la contempla, in via eccezionale, solo per il «capo di una fazione, dichiarato ribelle da un decreto del corpo legislativo», la cui esistenza mette in pericolo la stabilità della società¹¹. Al di fuori di quel caso, le pene consistono nella privazione della libertà, declinata in modi diversi.

⁵ *Riforma della legislazione criminale toscana*, in C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* a cura di F. VENTURI, Torino, 1994², § LV, 275-276.

⁶ *Riforma della legislazione criminale toscana*, cit., § LI.

⁷ *Allgemeines Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung / Codice generale sopra i delitti e le pene*, parte I, *Dei delitti Criminali, e delle pene Criminali*, cap. III, § 53: alla pena capitale si aggiungeva la confisca generale dei beni «senza riguardo alcuno alla figliolanza».

⁸ *Ivi*, cap. II, § 27.

⁹ *Ivi*, cap. II § 25: «il malfattore sarà tenuto in una durissima prigione, e incatenato sì strettamente, che non gli rimanga spazio se non che ai più indispensabili movimenti del corpo. Il condannato a tale incatenazione sarà per pubblico esempio castigato ogni anno con bastonate».

¹⁰ La pena del traino dei battelli (la pena di tirar l'alzaia: *die Strafe des Schiffziens*) era riservata ai colpevoli di omicidio doloso, rapina e incendio doloso, come pure ai detenuti «che non lasciassero sperare in una correzione» (M. DA PASSANO, *Emendare o intimidire? La codificazione del diritto penale in Francia e in Italia durante la Rivoluzione e l'Impero*, Torino, 2000, 193). Essa era stata istituita già prima della promulgazione del codice penale. L'inflessibile sovrano austriaco, durante un viaggio in Ungheria, si era, infatti, accorto degli ostacoli e delle difficoltà che si incontravano nel trasporto dei viveri e delle merci sul Danubio e sui suoi affluenti: l'unico modo per contrastare la corrente era far trainare le navi da uomini che dalla riva usassero lunghe corde; ciò lo aveva indotto, soprattutto allo scopo di agevolare il trasporto per necessità militari, a reclutare per questa funzione i condannati per reati gravi e di cattiva condotta. «Cotesti poveri disgraziati, incatenati, esposti a tutte le intemperie, estenuati dalla fame, arsi dalla sete, sovente immersi nell'acqua dalla cintola in giù e talfiata sino alla testa, venivano attaccati a file ai bastimenti per tirarli contro corrente. Chi avesse lavorato con maggiore alacrità, per grazia speciale dell'imperatore, aveva una razione supplementare di pane. Parimente per grazia, quando si fossero trovati esposti ai raggi cocenti del sole, due volte al giorno si concedeva dell'acqua con un po' d'aceto. Del resto il trattamento era durissimo e il vitto limitato al puro necessario. Del dormire non se ne parla, perché la dura terra serviva di giaciglio: per grazia specialissima qualche volta si concedeva una stuoia o un po' di paglia. Fu richiamata l'attenzione dell'imperatore sull'eccessiva mortalità di cotesta gente; ma egli, attribuendola alle febbri palustri, non ne fece caso» (*Rivista penale*, anno XVIII, vol. XXXV (V della III serie), 1892, pp. 306-307). Dei 1173 uomini condannati al traino dei battelli fra il 1784 e il 1789, nel 1790 ne sopravvivevano soltanto 452! «Ogni anno morirono delinquenti in numero più di due volte maggiore di quanti erano stati giustiziati negli anni precedenti». La pena fu abolita con decreto aulico del 19 luglio 1790 da Pietro Leopoldo, succeduto al fratello col nome di Leopoldo II (S. TSCHIGG, *La formazione del codice penale austriaco del 1803*, in *Codice penale universale austriaco (1803)*, rist. anast. con scritti raccolti da S. VINCIGUERRA, Padova, 2001, LIII-LIV).

¹¹ M. DA PASSANO, *Emendare o intimidire?*, cit., 31; A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno*, 2, cit., 486, nt. 22.

Per valorizzare l'emenda, è esclusa qualsiasi pena perpetua (quindi anche il marchio a fuoco)¹², è prevista una progressiva mitigazione delle modalità repressive (peraltro automatica e non legata alla condotta del detenuto) ed è aperta la possibilità di ottenere la riabilitazione, ossia la piena reintegrazione nello *status* di cittadino francese, attraverso una complessa procedura.

Lo strumento principale per avviare il condannato al reinserimento nella società è l'abitudine al lavoro: quest'ultimo, nei propositi di Lepeletier, non deve mai essere imposto o avere carattere ripugnante, malsano e penoso (in altre parole non deve essere un lavoro «forzato»), ma deve essere presentato come gradevole, utile, interessante, come un'attività che nobilita e non avvilisce¹³.

Nonostante le intenzioni lodevolmente umanitarie, in cima alla scala penale sono poste due pene afflittive molto pesanti, entrambe basate sull'isolamento, l'una al buio (il cachot¹⁴) e l'altra alla luce (la gêne¹⁵).

La durezza di queste pene non è, però, ritenuta sufficiente a soddisfare le esigenze di esemplarità, considerate di fondamentale importanza per scoraggiare la delinquenza. Pertanto, per entrambe si prevede una forma di aggravamento dettata da scopi «educativi»: una volta al mese il condannato dovrà essere esposto al pubblico in catene in presenza di un carceriere, al fine di offrire una «imponente lezione» al popolo¹⁶.

Nel codice del 1791 il cachot non compare, ma è accolta la pena di morte per decapitazione sulla pubblica piazza in 45 casi¹⁷ (un numero comunque molto inferiore al periodo precedente); il lavoro ha carattere repressivo e non ha nulla della connotazione attraente e nobilitante voluta da Lepeletier: i condannati per reati gravi sono sottoposti ai lavori forzati pubblici, definiti «pena dei ferri», che non possono durare oltre 24 anni. Con una palla di ferro al piede, essi compiono lavori durissimi nelle case di forza, nei porti, negli arsenali, nelle paludi e nelle miniere¹⁸. Tuttavia, la possibilità di emenda, che nella prospettiva del progetto aveva non poca rilevanza, nel codice non viene del tutto esclusa grazie alla temporaneità delle pene detentive e alla presenza dell'istituto della riabilitazione; quest'ultima è però conseguibile attraverso una procedura lunga e tortuosa, che può iniziare solo dopo dieci anni di buona condotta dal termine dell'espiazione¹⁹.

Nel successivo codice termidoriano del 1795, la scala penale resta immutata²⁰, ma nell'art. 612, relativo ai crimini contro la sicurezza interna dello Stato e gli attentati contro la Costituzione, si accenna alla possibilità di abolire in futuro la pena di morte, sostituendola con 24 anni di pena dei ferri²¹.

Il principio della temporaneità delle pene e la filosofia su cui esso si fonda vengono però ripudiati dal codice napoleonico del 1810, nel quale, al di sotto della pena capitale (comminata

¹² Solo in caso di recidiva, i criminali condannati per la seconda volta, dopo l'espiazione della pena, sarebbero stati deportati a vita (M. DA PASSANO, *Emendare o intimidire?*, cit., *Appendice, La relazione di Lepeletier alla Costituente (1791)*, 250-251).

¹³ M. DA PASSANO, *Emendare o intimidire?*, cit., 32 nt. 40; A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno*, 2, cit., 485.

¹⁴ Il cachot è una forma di reclusione in completo isolamento «sans jour ni lumière», con una catena e una cintura di ferro e con ferri ai piedi e alle mani (questi ultimi solo per gli uomini); per nutrimento solo pane e acqua; solo paglia per dormire. E' previsto che, inizialmente, il detenuto lavori due giorni alla settimana (successivamente, tre giorni) fuori dal cachot, in un luogo chiaro (mai però fuori dalla prigione), senza le catene ai piedi e alle mani. E' vietata qualsiasi comunicazione con gli altri detenuti. La durata della pena va da un minimo di dodici a un massimo di ventiquattro anni (M. DA PASSANO, *Emendare o intimidire?*, cit., 32, nt. 37).

¹⁵ Il condannato alla gêne deve vivere in isolamento, ma non al buio; piedi e mani sono liberi, ma è legato a una catena ed ha una cintura di ferro intorno alla vita e un giaciglio di paglia per dormire. La razione di pane e acqua può essere arricchita da altro cibo solo attraverso il profitto nel lavoro, al quale il detenuto è obbligato tutti i giorni e due volte alla settimana in comune con altri (senza possibilità di comunicazione con costoro e mai fuori dalla prigione). Dopo il lavoro in comune, ma una sola volta alla settimana, può comunicare con persone diverse dai carcerieri e commissari della prigione. La durata della pena va da quattro a quindici anni (M. DA PASSANO, *Emendare o intimidire?*, cit., 32, nt. 38).

¹⁶ M. DA PASSANO, *Emendare o intimidire?*, cit., 32; A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno*, 2, cit., 485 nt. 20.

¹⁷ M. DA PASSANO, *Emendare o intimidire?*, cit., 43.

¹⁸ *Code pénal du 25 septembre-6 octobre 1791*, tit. I, art. 6: «Les condamnés à la peine des fers, seront employés à des travaux forcés au profit de l'État, soit dans l'intérieur des maisons de force, soit dans les ports et arsenaux, soit pour l'extraction des mines, soit pour le dessèchement des marais, soit enfin pour tous autres ouvrages pénibles, qui, sur la demande des départements, pourront être déterminés par le corps législatif»; art. 7: «Les condamnés à la peine des fers, traineront à l'un des pieds un boulet attaché avec une chaîne de fer».

¹⁹ *Code pénal du 25 septembre-6 octobre 1791*, tit. VII.

²⁰ *Code des délits et des peines du 3 brumaire, an 4*, première partie, *Des condamnations*, titre premier, *Des peines en général*; M. DA PASSANO, *Emendare o intimidire?*, cit., 79-80; A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno*, 2, cit., 511.

²¹ *Code des délits et des peines du 3 brumaire, an 4*, art. 612: «Toutes conspirations et complots tendant à troubler la République par une guerre civile, en armant les citoyens les uns contre les autres, ou contre l'exercice de l'autorité légitime, seront punis de mort, tant que cette peine subsistera; et de vingt-quatre années de fers, quand elle sera abolie».

in 39 fattispecie)²², ricompaiono due pene perpetue, entrambe comportanti la morte civile: i lavori forzati a vita (cui si accompagna il marchio a fuoco sulla spalla destra)²³ e la deportazione²⁴.

La motivazione addotta è quella di ottenere «una giusta gradazione di pene» e di colmare l'eccessiva distanza esistente tra la massima pena temporanea e la morte²⁵. Il ristabilimento di una perfetta proporzione matematica nella scala penale trova piena giustificazione negli ideali illuministici; d'altra parte, la reintroduzione delle pene vitalizie contribuisce all'inasprimento dell'apparato sanzionatorio, attuato dal Bonaparte in coerenza con l'impostazione repressiva della sua politica, volta a contrastare la dilagante criminalità, incrementata dalla rivoluzione e dalle continue guerre.

Sette anni prima dell'emanazione del codice di Napoleone, nell'Impero asburgico Francesco II promulga il *Codice penale universale austriaco*, in cui vengono rielaborati sia il codice penale che quello di procedura penale di Giuseppe II.

Anche qui domina la preoccupazione di calibrare esattamente la severità della pena alla gravità del reato, per rispettare un rigido principio di proporzionalità. Le pene previste sono di due sole tipologie: la morte per impiccagione e la «ritenzione del reo in carcere», che può essere semplice, duro o durissimo. La pena di morte viene estesa rispetto alla legislazione precedente, ma rimane circoscritta a pochi delitti: alto tradimento consumato e tentato, falsificazione di carte di pubblico credito, omicidio e incendio aggravato dalla morte di una persona²⁶. La pena del carcere a vita comporta sempre l'obbligo del lavoro e può essere esacerbata con i ferri ai piedi, l'esposizione alla berlina, il digiuno (pane e acqua), i colpi di bastone (per gli uomini adulti) o di verghe (per i giovani e le donne)²⁷.

Il codice austriaco sarà poi introdotto nel Regno Lombardo Veneto e sarà sostituito nel 1852 da un successivo codice che, però, in queste materie manterrà la medesima impostazione, pur abolendo il carcere durissimo²⁸.

Negli altri Stati italiani restaurati, presto o tardi l'esigenza della codificazione o, quanto meno, del riordinamento della legislazione, si fa strada e il modello maggiormente seguito è quello francese. Ovunque si mantiene la convivenza tra pena di morte e pena perpetua, quest'ultima talora connotata dal termine ergastolo.

Esso, infatti, ricorre nell'armamentario punitivo del *Codice per lo Regno delle Due Sicilie* del 1819, dopo la pena di morte e prima della pena dei ferri: è pena perpetua che gli uomini scontano nel «forte di un'isola» e le donne in casa di reclusione²⁹.

Lo stesso termine ergastolo ricorre nel codice toscano del 1853, per definire la pena che intercorre tra la morte e la casa di forza: per gli uomini si prevede un anello di ferro al collo del piede destro e la segregazione continua con l'obbligo di lavoro per vent'anni, oltre i quali si può essere ammessi al lavoro in comune ma con l'imposizione del silenzio; si espia all'isola d'Elba, in uno stabilimento dove vengono rinchiusi anche le donne, in appositi spazi e senza anello al piede³⁰. Dopo l'abolizione della pena di morte³¹, con decreto 10 gennaio 1860, si elimina l'anello al piede e si dimezza il periodo iniziale di segregazione continua (da 20 a 10 anni)³².

²² La pena di morte si esegue in pubblico per decapitazione (art. 12); il condannato per parricidio e per lesa maestà è condotto sulla forca in camicia, a piedi nudi e con la testa coperta da un velo nero e prima dell'esecuzione gli viene tagliata la mano destra (artt. 13 e 86): M. DA PASSANO, *Emendare o intimidire?*, cit., 141.

²³ I condannati ai lavori forzati sono impiegati nei lavori più faticosi, con una palla di ferro al piede o incatenati a due a due a seconda della natura del lavoro; le donne lavorano all'interno della casa di forza. Quindici sono le fattispecie di reato punite in questo modo, ma quarantasette sono quelle punite con i lavori forzati a tempo (M. DA PASSANO, *Emendare o intimidire?*, cit., 142). Il marchio, già da tempo reintrodotta, viene mantenuto per l'«impressione viva e profonda» che produce sui colpevoli e sugli spettatori e per la sua efficacia nell'accertamento delle recidive (M. DA PASSANO, *Emendare o intimidire?*, cit., *Appendice, L'esposizione dei motivi del I libro fatta da Treilhard al Corpo legislativo (1810)*, 301).

²⁴ I condannati alla deportazione sono condotti fuori dal territorio continentale dell'Impero, in un luogo determinato dal governo, dove resteranno a vita (art. 17): M. DA PASSANO, *Emendare o intimidire?*, cit., 142.

²⁵ M. DA PASSANO, *Emendare o intimidire?*, cit., *Appendice, L'esposizione dei motivi del I libro fatta da Treilhard al Corpo legislativo (1810)*, 299-300.

²⁶ *Codice penale universale austriaco (1803)*, rist. anast. Padova, 2001, §§ 52-55, 67, 92-95, 117-119.

²⁷ *Codice penale universale austriaco (1803)*, cit., §§ 9-24.

²⁸ *Codice penale austriaco*, Milano, 1852, artt. 12-27; qualche differenza si riscontra nelle esacerbazioni, tra le quali vengono annoverati l'isolamento, la reclusione solitaria in una cella oscura e il bando dopo scontata la pena (art. 19).

²⁹ *Codice per lo Regno delle Due Sicilie, parte seconda, Leggi penali*, rist. anast. Padova, 1994, art. 37.

³⁰ *Codice penale pel Granducato di Toscana (1853)*, rist. anast. Padova, 1993, artt. 13, 15: gli ultrasessantenni potevano godere della mitigazione di pena anche prima di avere espia i vent'anni in isolamento continuo.

³¹ *Atti del Governo Provvisorio Toscano dal 27 aprile all'11 maggio 1859*, Firenze, 1859, n. XXVII, Decreto 30 aprile 1859.

³² U. CONTI, *La pena e il sistema penale del codice italiano*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano* a cura di E. PESSINA, vol. IV, Milano, 1910, 152; M. DA PASSANO, *La codificazione penale nel Granducato di Toscana (1814-1860)*, in *Codice penale pel Granducato di Toscana (1853)*, cit., p. LXVII.

Nel codice estense del 1855, l'ergastolo, che segue, nella scala penale alla morte sulla forca, può essere a vita o a tempo, implica necessariamente lavori forzati a profitto dello Stato (anche per le donne) e, per gli uomini, la catena ai piedi³³.

Negli Stati di Parma Piacenza e Guastalla (codice del 1820) e nel Regno di Sardegna (codici del 1839 e del 1859) l'espressione usata per definire la pena perpetua è quella classica dei "lavori forzati a vita". Nel ducato di Maria Luigia gli uomini svolgono le «opere più faticose a profitto dello Stato» e sono sempre legati a due a due da una catena al piede, mentre le donne sono impiegate all'interno di una casa di forza ed hanno un leggero cerchio di ferro che cinge la gamba³⁴. Nel Regno sabauda, accanto ai lavori forzati, compare anche il termine ergastolo, ma è usato per designare la pena destinata ai «delinquenti di tenera età o di tenue discernimento», da scontarsi in una apposita casa di correzione³⁵.

Infine, nel Regolamento pontificio del 1832, al di sotto della pena di morte, semplice o di speciale esemplarità, è prevista la galera perpetua³⁶.

2. L'unificazione penale e l'abolizione della pena di morte.

E' ben noto che, dopo l'unificazione, si giunse ad avere un codice penale unico per tutta l'Italia solo con il codice Zanardelli³⁷ del 1889, in vigore dal 1890. E' altrettanto noto che in tutto il periodo precedente all'emanazione del codice Zanardelli vigevano in Italia tre diversi codici, poiché la Toscana, una volta abolita la pena di morte³⁸, si opponeva al suo ripristino e voleva mantenere il suo codice; nel resto del territorio vigeva il codice sardo piemontese del 1859, ma nell'ex Regno delle Due Sicilie esso aveva subito alcune modifiche con il decreto della luogotenenza di Napoli del 17 febbraio 1861.

Nei numerosi progetti che si susseguono per l'elaborazione del codice unitario, la pena perpetua e la pena di morte subiscono vicende alterne, ma le discussioni si incentrano soprattutto sul mantenimento o sull'abolizione della pena capitale³⁹ e lasciano poco spazio all'esame della eventuale pena alternativa.

Sin da subito si accende con estrema vivacità una campagna abolizionista, cui partecipano giuristi di spicco, come i collaboratori del *Giornale per l'abolizione della pena di morte*⁴⁰ fondato nel 1861 da Pietro Ellero. Ma il clima politico e sociale non è maturo per affrontare la riforma: come Mario Sbriccoli ha posto in evidenza, preoccupa, da un lato, la crescita del fenomeno criminale, che non è più solo quello di tipo rurale, ben conosciuto, ma si complica e si aggrava per l'affermarsi della società industrializzata, mentre, dall'altro lato, l'amministrazione della giustizia è affidata a magistrati non sempre all'altezza del compito, con differenze culturali e ideologiche marcate⁴¹.

In questa atmosfera, si comprendono le opposizioni incontrate in Senato dal progetto presentato da Pasquale Stanislao Mancini⁴² e approvato dalla Camera nel marzo del 1865, nel

³³ *Codice criminale per gli Stati Estensi (1855)*, rist. anast. Padova, 2002, artt. 10, 16, 18.

³⁴ *Codice penale per gli Stati di Parma Piacenza e Guastalla (1820)*, rist. anast. Padova, 1991, artt. 8, 17, 18.

³⁵ *Codice penale per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna (1839)*, rist. anast. Padova, 1992, artt. 13, 26, 28.

³⁶ *I Regolamenti penali di Papa Gregorio XVI per lo Stato Pontificio (1832)*, rist. anast. Padova, 1998, *Sui delitti e sulle pene*, I, I, tit. IX, art. 10.

³⁷ A. A. CASSI, 'Zanardelli, Giuseppe', in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)* [d'ora innanzi *DBGI*], II, Bologna, 2013, 2077-2080.

³⁸ Subito dopo la cacciata dei Lorena, il 30 aprile 1859 il governo provvisorio della Toscana abolì con decreto la pena di morte. Sulle alterne vicende dell'abolizione e del ripristino della pena di morte in Toscana, v. DA PASSANO, *La pena di morte nel Granducato di Toscana (1786-1860)*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 26, 1995, 39-66.

³⁹ «Tra le tante questioni aperte, l'abolizione della pena di morte era certo quella che faceva discutere di più. Soggetto logorantissimo, dibattito con argomenti eternamente ricorrenti e sempre uguali, scientificamente assai povero, era tuttavia capace di appassionare e dividere più di qualsiasi altro. Se ne avvertiva, malgrado tutto, il valore di chiave di volta nel disegno generale della legislazione [...]» (M. SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, ora in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, t. I, Milano, 2009, 511).

⁴⁰ Tali, ad esempio, Puccioni, Carrara, Mittermaier, Holtzendorf, Pessina, Gabba, Ulloa. V. in proposito E. D'AMICO, *Educazione giuridica e battaglia abolizionista nel Giornale per l'abolizione della pena di morte di Pietro Ellero*, in *Formare il giurista. Esperienze nell'area lombarda tra Sette e Ottocento* a cura e con saggio introduttivo di M. G. DI RENZO VILLATA, Milano, 2004, 577-605. Per vari interventi di associazioni e accademie, v. M. DA PASSANO, *La pena di morte nel Regno d'Italia (1859-1889)*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 22, 2 (1992), e in *Diritto penale dell'Ottocento. I codici preunitari e il codice Zanardelli*, studi coordinati da S. VINCIGUERRA, Padova, 1999, 582-583.

⁴¹ M. SBRICCOLI, *La penalistica civile*, cit., 310.

⁴² Sulla figura di Mancini, che svolge un ruolo fondamentale nelle vicende che condussero all'abolizione della pena di morte, mi limito a segnalare la voce 'Mancini, Pasquale Stanislao' in *Dizionario Biografico degli Italiani* [d'ora innanzi *DBI*], 68, Roma, 2007, 537-547 e C. STORTI, 'Mancini, Pasquale Stanislao', in *DBGI*, II, 1244-1248.

quale si prevede l'abolizione della pena di morte in tutto il Regno e l'estensione alla Toscana del codice sardo piemontese⁴³. La bocciatura della Camera Alta⁴⁴ crea tra i due rami del Parlamento un conflitto che blocca per anni il tentativo di unificazione.

Come il Villa⁴⁵ più tardi sottolineerà, nel 1865 ancora parecchie difficoltà si opponevano a questa innovazione radicale del sistema delle pene: la contrarietà del Ministero, che godeva della fiducia di «una forte e compatta maggioranza alla Camera»; il brigantaggio; le agitazioni politiche; i timori dell'opinione pubblica per la guerra che si avvertiva imminente, per l'ordine e per la sicurezza; e, infine, i pareri di alcuni uomini «di eletta intelligenza»⁴⁶.

Eppure, nonostante gli ostacoli e le incertezze, dovute anche alla mancanza di sicuri dati dell'esperienza in tema di penalità e criminalità nei diversi territori, un'ampia maggioranza dei deputati, sull'onda dell'appassionato discorso di Mancini⁴⁷, vota a favore dell'abrogazione della pena capitale. L'orientamento espresso dalla Camera non manca di esercitare un certo peso nel perdurante dibattito e suscita l'attenzione, più che sulle elucubrazioni filosofiche e astratte, sugli aspetti pratici del problema, indagati anche attraverso la comparazione con le legislazioni e le esperienze degli Stati esteri.

La fioritura di studi e le vivaci discussioni cominciano a diffondere nell'opinione pubblica l'idea che l'efficacia preventiva e intimidatoria della pena di morte per i delitti più gravi sia discutibile e che il mantenimento di tale pena, di conseguenza, non sia necessario.

Tuttavia, la strada da percorrere per giungere all'abolizione è ancora lunga e accidentata. Qualche impressione sull'aria che spirava negli anni immediatamente successivi all'unificazione, si può trarre dai verbali della Commissione governativa presieduta da Giuseppe Pisanelli⁴⁸ e deputata, nel 1866, all'elaborazione di un progetto di codice penale.

Ancor prima di delineare il sistema sanzionatorio, i commissari votano all'unanimità l'esclusione del supplizio capitale⁴⁹ e prevedono, in sua sostituzione, la reclusione perpetua o la relegazione pure perpetua: entrambe con un periodo iniziale di segregazione continua. Tutti concordano sul fatto che la pena surrogata debba avere un carattere assolutamente speciale, implicante, oltre al rigore della segregazione continua, anche gravi conseguenze civili; tale carattere deve riflettersi perfino nella denominazione, in modo che «il popolo la guardi con uno speciale spavento».

Mancini propone di definirla *reclusione penitenziaria*, «a indicare il principio morale più che materiale», mentre Tolomei suggerisce di chiamarla *deportazione all'ergastolo in un'isola*, «per spiegare chiaramente all'universale i caratteri distintivi di quella pena e fare impressione sul popolo, suscitando un salutare timore». Francesco Carrara, dal canto suo, suggerisce la locuzione *estremo supplizio*, per meglio esprimere «il concetto giuridico di pena estrema, senza indicar quella di morte». De Foresta si oppone, perché, a suo avviso, il termine *supplizio* «non risponderebbe al concetto umanitario» che deve informare il nuovo codice e «nella opinione universale si confonderebbe con la pena di morte»; pertanto propone il termine *ergastolo*, «parola che nella più parte delle provincie italiane è conosciuta ed ha un significato, come in Toscana, corrispondente a quello per cui la si adopererebbe attualmente». Infine, il senatore Sebastiano Tecchio appoggia l'idea di Carrara, ma dichiara di preferire l'espressione *deportazione perpetua all'ergastolo*: quest'ultima proposta raccoglie, quanto meno provvisoriamente, il consenso dei colleghi⁵⁰.

Vengono inoltre esaminati attentamente vari aspetti relativi alle modalità di espiazione,

⁴³ L'articolo relativo all'abolizione della pena di morte è approvato il 13 marzo con 150 voti contro 91 e 3 astenuti, e l'intero progetto, nel quale all'abolizione della pena di morte si accompagna l'estensione alla Toscana del codice sardo piemontese, viene approvato tre giorni dopo, con 127 voti contro 96 e 1 astenuto: A. AQUARONE, *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, Milano, 1960, 322; M. DA PASSANO, *La pena di morte*, cit., 615-616.

⁴⁴ Respinto il progetto di Mancini (22 aprile), il Senato, il 27 aprile 1865, approva (con 71 voti contro 16) un proprio disegno di legge, che mantiene, sia pure restringendola a un minor numero di casi, la pena di morte e la estende anche alla Toscana (A. AQUARONE, *L'unificazione legislativa*, cit., 28-32; F. MELE, *Un codice unico per un'Italia nuova. Il progetto di codice penale di Pasquale Stanislao Mancini*, Roma, 2002, 28-43).

⁴⁵ M. STRONATI, 'Villa Tommaso', in *DBGI*, II, 2049.

⁴⁶ T. VILLA, *Relazione della Commissione della Camera dei deputati sul progetto del codice penale presentato alla Camera dei deputati da S.E. il ministro di Grazia e Giustizia G. Zanardelli*, in *Progetto del codice penale per il Regno d'Italia*, Torino, 1888, 44.

⁴⁷ A. AQUARONE, *L'unificazione legislativa*, cit., 322-337; di seguito sono riportati i discorsi di Vacca e Pisanelli (337-342 e 342-346). Mancini aveva già ottenuto l'abrogazione della pena capitale a San Marino nel 1848 (T. VILLA, *Relazione*, cit., 44 nt. 2).

⁴⁸ C. VANO, 'Pisanelli, Giuseppe', in *DBGI*, II, 1600-1602; S. TABACCHI, 'Pisanelli, Giuseppe', in *DBI*, 84, Roma, 2015, 227-231.

⁴⁹ Nella seduta del 25 marzo 1866, i membri della Commissione all'unanimità deliberano «doversi costituire pel nuovo codice una scala di pene, in cui non figurì la pena di morte» (B. PAOLI, *Esposizione storica e scientifica dei lavori di preparazione del codice penale italiano dal 1866 al 1884*, I. I, *Parte generale*, Firenze, 1884, 44).

⁵⁰ *Il progetto di codice penale per il Regno d'Italia coi lavori preparatorj per la sua compilazione raccolti ed ordinati sui documenti ufficiali*, vol. I, Firenze, 1870, 150-160.

che si vogliono regolati in maniera da sottolineare l'efficacia intimidatoria e il carattere di specialità rispetto alle pene temporanee.

Si auspica pertanto l'erezione dello stabilimento in un'isola, anche per ostacolare le evasioni. Quanto poi al periodo di segregazione continua, nell'alternativa fra la fissazione di una durata unica per tutti da parte del legislatore (15 anni) e la valutazione volta per volta, in base alla personalità del condannato e alla sua capacità di adattamento, sia pure sotto severi controlli, prevale la seconda opzione, avallata soprattutto dal Mancini. Questa linea 'morbida' sarà però rifiutata nella versione definitiva, in cui, seguendo una linea di estrema intransigenza, si stabilirà la segregazione continua senza limiti di tempo⁵¹.

Fuori discussione è l'obbligo del lavoro, «purché sia igienico, tale cioè che valga a tenere vigoroso e sano il corpo del condannato e non lo indebolisca», ma diversi sono i pareri riguardo alla destinazione del prodotto. Si conclude che esso debba essenzialmente devolversi allo Stato, salvo poter destinare una parte al soccorso della famiglia del recluso e una «tenue porzione» al recluso stesso, con la quale egli si possa procurare «qualche alleviamento fisico nei limiti dei regolamenti».

Molto accentuata appare, poi, la diversità di opinioni sulle visite dei parenti: quella favorevole del Mancini, che le vede come uno strumento per incentivare la redenzione del condannato, attraverso il mantenimento del vincolo morale che lo lega alla famiglia, è vivacemente contrastata dal Tolomei e dal Tecchio, che, viceversa, per l'emenda ritengono indispensabili solo l'«igiene», nel senso di cura del fisico, e l'istruzione morale o religiosa. Prevale il rigore di quest'ultimo orientamento, implicante la separazione perpetua dalla famiglia e l'esclusione di qualsiasi corrispondenza epistolare⁵².

Il progetto, presentato al ministro il 17 maggio 1868, non giunge in Parlamento. Tuttavia, su di esso, il guardasigilli De Filippo interpella le alte magistrature, che, con riguardo alla pena di morte, si dichiarano con ampia maggioranza per il mantenimento⁵³.

Il parere dei giudici influenza la nuova Commissione, che inizia i lavori nell'ottobre 1869, cercando, però, di restringere al minimo i casi di supplizio capitale. Dopo l'interruzione per motivi militari, l'*iter* riprende sotto il ministro De Falco, che lascia due progetti incompiuti: in quello più completo è mantenuta la pena di morte, ma, in una aggiunta finale, viene prospettata anche la sua sostituzione con l'ergastolo⁵⁴.

Nel frattempo, gli abolizionisti si attivano su vari fronti per sensibilizzare l'opinione pubblica sul tema: numerose associazioni esprimono idee in proposito e auspicano iniziative popolari per diffondere il consenso; in diverse città si organizzano manifestazioni e, in particolare, nel 1871, l'inaugurazione a Milano del monumento a Cesare Beccaria⁵⁵ vede un'ampia partecipazione da parte di rappresentanti di alcune province, di molti comuni, di università, di collegi di avvocati, di consessi di giuristi o di intellettuali, di logge massoniche, di società operaie⁵⁶.

Nel 1872, il patibolo e la pena perpetua sono l'oggetto della prima delle tesi proposte al primo Congresso giuridico italiano, ma la Commissione incaricata di occuparsene e presieduta dal Mancini, considerando l'estrema pregnanza del problema (definito «arduo ed immenso») della conservazione o abolizione della pena di morte, decide di restringere gli studi a questa sola questione fondamentale e di rinviare un esame approfondito della pena perpetua a un tempo successivo⁵⁷. Per il momento ci si limita ad affidare a Tancredi Canonico⁵⁸ il compito di preparare una breve relazione su di essa.

Il giurista torinese, forte delle sue convinzioni religiose, redige una sorta di «memoria difensiva» a favore della pena perpetua in sostituzione di quella di morte, confutando colpo su colpo gli argomenti che solitamente a ciò vengono opposti.

A coloro che sostengono l'inesistenza di una pena surrogabile a quella capitale egli obietta

⁵¹ Art. 13: B. PAOLI, *Esposizione storica*, cit., 69.

⁵² Ivi, 155-157.

⁵³ A favore del mantenimento si espressero tre Corti di cassazione (Torino, Napoli e Palermo), il Supremo Tribunale di Venezia e dodici Corti d'appello; l'abolizione fu invece auspicata dalla Corte di cassazione di Firenze e da cinque Corti d'appello (B. PAOLI, *Esposizione storica*, cit., 59 e, M. DA PASSANO, *La pena di morte*, cit., 593-595, ove si accenna anche al parere – contrario all'abolizione – della sezione di Grazia e Giustizia e dei Culti del Consiglio di Stato e alle opinioni dei procuratori generali e dei procuratori del Re all'inaugurazione degli anni giudiziari).

⁵⁴ DA PASSANO, *La pena di morte*, cit., 622-625.

⁵⁵ Il comitato promotore del monumento era presieduto dal conte Renato Borromeo e contava, fra i suoi membri, numerosi giuristi di spicco, oltre a Giuseppe Garibaldi (M. DA PASSANO, *La pena di morte*, cit., 584).

⁵⁶ M. DA PASSANO, *La pena di morte*, cit., 584-585.

⁵⁷ P. S. MANCINI, *Relazione della Commissione delegata dal Comitato promotore*, in *Atti del primo Congresso giuridico italiano (25 novembre – 8 dicembre 1872)* a cura di G. ALPA, I, Bologna, 2006, 495-496.

⁵⁸ M. THEMELLY, 'Canonico, Tancredi', in *DBI*, 18, Roma, 1975, 171-175.

essercene ben due: la deportazione perpetua «in regioni nelle quali non sia penetrato raggio di civiltà»⁵⁹ e la reclusione a vita, accompagnata da specialissime cautele contro il pericolo delle evasioni e da temperamenti e correttivi dell'isolamento, da irrogarsi in una o due sole case penali di eccezionale rigore. Entrambe le pene sono, secondo lui, più efficaci della pena di morte, «senz'averne la crudeltà né l'ingiustizia»⁶⁰.

Quanto al problema delle evasioni, - che a giudicare dalla frequente menzione negli scritti dell'epoca, è vivamente sentito⁶¹ - esso è arginabile con la collocazione dello stabilimento penitenziario in un'isola, la più solitaria, «con tutte le guarentigie di solidità che l'architettura, lo studio delle prigioni e la pratica esperienza insieme combinate seppero immaginare»; particolarmente accurata deve essere la selezione del personale di direzione e di custodia, e la predisposizione di un sufficiente presidio esterno; «e poi lasciate che corrano gli anni. Siate pur certi che i gravi delitti si faranno più rari, e che non avrete a rimpiangere il boja»⁶².

La questione delle spese che un simile edificio comporterebbe, questione sollevata ogni qualvolta si parla di costruire un nuovo carcere, è, ad avviso del Canonico, un falso problema, perché le condanne all'ergastolo perpetuo non richiederebbero più di cinquantotto o seicento celle per tutto il Regno e pertanto un unico edificio potrebbe contenerle tutte⁶³.

Infine, a coloro che sostengono che l'ergastolo sia una forma di morte lenta e quindi più crudele della pena capitale, Canonico risponde che, a certe condizioni, si potrebbe prevedere la mitigazione della pena dopo un determinato tempo: in questo senso l'esperienza toscana offre un esempio positivo, perché i detenuti che lo meritano vengono inviati all'isola di Pianosa⁶⁴ senza che questo abbia diminuito la deterrenza della pena e che i delitti cosiddetti "atroci" in quella zona siano più frequenti che nel resto d'Italia.

In ogni caso, sottolinea ancora il professore piemontese, se l'ergastolo appare troppo spietato, si può ricorrere, in alternativa, alla pena della deportazione perpetua, che può essere considerata come meno opprimente⁶⁵.

Al termine dei lavori, la Commissione, con l'accordo di tutti, invita il Congresso a votare una risoluzione in favore dell'abolizione del patibolo in tutta Italia e a incaricare la Commissione stessa di trasmettere il voto «in forma di petizione al Parlamento, nel momento che essa giudicherà opportuno»⁶⁶. La proposta è accolta dal Congresso con unanime acclamazione⁶⁷.

Nonostante le sollecitazioni degli abolizionisti, nel progetto presentato al Senato il 24 febbraio 1874 dal ministro Vigliani, riappare la pena di morte, sia pure in gravissimi e limitatissimi casi, e ancora risponde ad esigenze di esemplarità, perché l'esecuzione è prevista in pubblico mediante decapitazione⁶⁸. Al di sotto di essa, nella scala penale, è posta la pena perpetua, implicante la segregazione continua per almeno dieci anni, trascorsi i quali, il condannato che dia «prove di emendamento» può essere ammesso al lavoro in comune durante il giorno, purché rispetti l'obbligo del silenzio⁶⁹.

Parecchi anni dopo, nel 1887, in una lettera scritta a Zanardelli per complimentarsi del progetto da lui predisposto e soprattutto dell'abolizione della pena capitale, lo stesso Vigliani scriverà che nel 1874, pur desiderando vivamente tale abolizione, non aveva osato proporla in Senato, perché non riteneva i tempi ancora maturi. Il suo parere, esplicitamente manifestato in questa missiva e divulgato in Senato, avrà senza dubbio un peso nel determinare il voto favorevole della Camera Alta⁷⁰.

⁵⁹ T. CANONICO, *Sulla pena da surrogarsi alla pena di morte*, in *Atti del primo Congresso giuridico italiano*, cit., I, 758.

⁶⁰ Ivi, 755.

⁶¹ «[...] la società vede pur troppo queste evasioni reali e non infrequenti» (T. CANONICO, *Sulla pena*, cit., 756); si vedano le parole del Conforti citate in M. DA PASSANO, *La pena di morte*, cit., 620.

⁶² T. CANONICO, *Sulla pena*, cit., 756-757.

⁶³ Ivi, 757.

⁶⁴ La mitigazione di pena poteva essere concessa dopo vent'anni di segregazione continua (B. PAOLI, *Esposizione storica*, cit., 69 nt. 1).

⁶⁵ T. CANONICO, *Sulla pena*, cit., 757.

⁶⁶ P.S. MANCINI, *Relazione*, cit., 506-507.

⁶⁷ *Atti del primo Congresso giuridico*, cit., II, 1450.

⁶⁸ Art. 11, § 1 e art. 12 (B. PAOLI, *Esposizione storica*, cit., 46): si tratta del regicidio, del parricidio e dell'omicidio premeditato o commesso perché «serva di mezzo al furto violento» (F. MELE, *Un codice*, cit., 57). Il Paoli sottolinea la moderazione usata dal Vigliani nella sua relazione (di contro al «linguaggio reciso e superbo, con cui in altri tempi si difendeva a bandiera spiegata il patibolo»), nella quale «si legge che in tanta discordia di pareri, e di fronte alle tristi condizioni di pubblica sicurezza di alcune provincie del regno, il Governo non poteva senza temerità assumere la gravissima responsabilità di proporre la sospensione della pena di morte e che aspettava dal solenne verdetto del Parlamento, espressione la più autorevole del voto nazionale, la definitiva sentenza sopra un problema, che interessa la sicurezza e la prosperità di tutto il regno». V. pure M. DA PASSANO, *La pena di morte*, cit., 626-628.

⁶⁹ Art. 13: B. PAOLI, *Esposizione storica*, cit., 69.

⁷⁰ G. CRIVELLARI, *Il codice penale per il Regno d'Italia*, I, *Dell'applicazione della legge penale*, Torino 1890, CCXVII-CCXIX.

Il disegno di legge di Vigliani viene sottoposto al vaglio di una Commissione senatoria, che, con riguardo al mantenimento del patibolo, propone un cambio di prospettiva: secondo quanto si legge nella relazione di Giuseppe Borsani, la questione va affrontata non più sotto il profilo della necessità, bensì sotto quello dell'opportunità con riguardo alla situazione della pubblica sicurezza.

Quando il progetto giunge in Senato, le discussioni si protraggono per vari giorni e sono alquanto animate⁷¹. Si conserva la linea ministeriale⁷², ma si apportano due importanti modifiche: anzitutto, si restringe l'ambito di applicazione della pena capitale, mediante la sostituzione dell'ergastolo al patibolo quando almeno tre giurati ammettano le circostanze attenuanti, e, secondariamente, si abolisce la pubblicità delle esecuzioni⁷³.

Come si può osservare, si aprono qua e là delle breccie attraverso le quali le istanze umanitarie vengono via via a scalfire l'intransigenza delle posizioni più retrive. Nel frattempo, il sostegno alle idee abolizioniste continua con varie iniziative: così, ad esempio, nel 1874 Mancini promuove la costituzione dell'«Associazione per il miglioramento della legislazione penale e delle istituzioni carcerarie e per l'abolizione della pena di morte»; nello stesso anno Luigi Lucchini⁷⁴ fonda la «Rivista penale», che ospiterà scritti di illustri autori italiani e stranieri contro il mantenimento dell'estremo supplizio⁷⁵.

Salita la Sinistra al potere, Mancini, divenuto guardasigilli, nel novembre 1876 imprime ai lavori un nuovo impulso. Anzitutto invia il progetto del primo libro alle facoltà di giurisprudenza⁷⁶, alle alte magistrature⁷⁷, ai consigli dell'Ordine degli avvocati⁷⁸, alle accademie mediche, dei cultori di medicina legale e psichiatria e ai direttori dei manicomi⁷⁹, chiedendo che il parere sull'abolizione della pena di morte venga inviato al ministero con estrema sollecitudine. Poi, nel presentare il primo libro alla Camera, tralasciati gli argomenti teorici e filosofici sulla legittimità del supplizio capitale, egli indirizza il dibattito sul piano pratico, cioè sulla necessità o meno della sanzione capitale «per proteggere il diritto e custodire incolume l'ordine sociale» e sull'effettivo potere deterrente di essa nei confronti «dei più atroci misfatti»⁸⁰.

Al termine delle discussioni, nell'autunno del 1877, i deputati approvano per la seconda volta la soppressione della pena di morte⁸¹. All'ergastolano si concede la possibilità (art. 12 § 1) di ottenere il lavoro in comune anche prima dei dieci anni di segregazione continua, qualora «il suo stato fisico o morale gli rendesse intollerabile la separazione continua – imperocché sarebbe inumano, che il beneficio della vita accordato al condannato con l'abolizione della pena di morte, gli venisse ritolto o con l'ucciderlo per altro mezzo o collo spegnergli la ragione»⁸².

Il progetto del primo libro in tal modo approvato dalla Camera fa da base ai lavori che proseguono sotto la guida di Zanardelli, assieme al progetto del secondo libro approvato dal Senato nel 1875, agli studi e agli emendamenti proposti dalla Commissione Mancini del 1876, ai pareri e alle osservazioni dei collegi giudiziari e scientifici raccolti nel 1879. Il guardasigilli bresciano, avvalendosi della consulenza di magistrati e giureconsulti (quali Tancredi Canoni-

⁷¹ Le discussioni si svolgono nelle sedute dal 18 al 25 febbraio 1875, nelle quali la «questione fu trattata e svolta largamente e sotto ogni aspetto storico, filosofico, giuridico, politico e pratico» (B. PAOLI, *Esposizione storica*, cit., 47-48).

⁷² Nella votazione definitiva, solo 36 senatori contro 73 votano l'abolizione (B. PAOLI, *Esposizione storica*, cit., 48).

⁷³ B. PAOLI, *Esposizione storica*, cit., 49-52.

⁷⁴ G. FOCARDI, 'Lucchini, Luigi', in *DBI*, 66 (2006), 299-302; M. N. MILETTI, 'Lucchini, Luigi', in *DGBI*, II, 1207-1211.

⁷⁵ M. DA PASSANO, *La pena di morte*, cit., 586-587.

⁷⁶ Secondo i dati pubblicati dal ministero, 16 facoltà danno parere favorevole (1 per acclamazione, 7 all'unanimità, 8 a maggioranza), 3 sono contrarie e in due si raggiunge la parità di voti. Si vedano, però, le osservazioni del Da Passano sulla mancata corrispondenza di alcuni di tali risultati con l'effettivo parere espresso dalle facoltà: M. DA PASSANO, *Le facoltà di giurisprudenza italiane e il problema dell'abolizione della pena di morte (1876)*, in *Università in Europa. Le istituzioni universitarie dal medioevo ai nostri giorni: strutture, organizzazione, funzionamento* (Atti del Convegno Internazionale di Studi, Milazzo 28 settembre – 2 ottobre 1993), a cura di A. ROMANO, Soveria Mannelli, 1995, 473-490.

⁷⁷ Malgrado che gli orientamenti delle Corti di cassazione non cambino, la maggioranza delle Corti d'appello si pronuncia per l'abolizione. Alcune importanti Corti, che in precedenza si erano opposte (nel 1869 Bologna, Trani e Venezia), mutano parere. Altre Corti, che nel 1865 non avevano manifestato la loro opinione (Roma, Catania, Napoli – sez. di Potenza, e Ancona – sez. di Perugia), esprimono pure voto favorevole. Abolizioniste risultano anche alcune Procure generali, che nel 1869 non si erano pronunciate (T. VILLA, *Relazione della Commissione*, cit., 46 nt. 1).

⁷⁸ Dei 122 Consigli interpellati, 84 si pronunciano per l'abolizione, 35 per il mantenimento e 3 conseguono parità di voti (B. PAOLI, *Esposizione storica*, cit., 57-58).

⁷⁹ G. CRIVELLARI, *Il codice penale*, cit., CXXVII; M. DA PASSANO, *La pena di morte*, cit., 631. Una sintesi dei rilievi pervenuti al Ministero fu pubblicata nel *Sunto delle Osservazioni e dei Pareri della Magistratura, delle Facoltà di Giurisprudenza, dei Consigli dell'ordine degli Avvocati, delle Accademie Mediche, dei Cultori di Medicina Legale e Psichiatria sugli emendamenti [...]*, Roma, 1877.

⁸⁰ Un'esposizione dettagliata delle vicende relative al progetto Mancini è in F. MELE, *Un codice*, cit., 57-264.

⁸¹ La Camera conferma il voto del 1865 con «immensa maggioranza»: contro l'abolizione della pena di morte si leva soltanto la voce del deputato Federico Gabelli (G. CRIVELLARI, *Il codice penale*, cit., CCXXXV e nt. 6).

⁸² B. PAOLI, *Esposizione storica*, cit., 69-70.

co, Luigi Casorati e Pietro Ellero), prepara un nuovo progetto privo della pena di morte, che però non viene presentato alla Camera a causa di una nuova crisi di governo. Esso è, tuttavia, pubblicato a Roma nel 1883 col titolo *Relazione e progetto del codice penale per il Regno d'Italia, lasciato in corso di studio dal ministro Zanardelli*.

Le difficoltà politiche successive, caratterizzate da un rapido avvicendamento dei ministri guardasigilli (Giannuzzi-Savelli, Ferracciù, Pessina e Tajani), non agevolano la continuazione del lungo iter, ma nella prassi la pena capitale, pur rimanendo scritta nelle leggi, non viene più irrogata sia per l'esercizio «sistematico» del diritto di grazia dopo il voto della Camera del 1877, sia per il ricorso delle giurie al «pio mendacio» delle circostanze attenuanti al fine di evitare i verdeti di morte⁸³.

Di fatto, dunque, l'estremo supplizio è già abolito e, quando, nel 1888, il progetto riproposto da Zanardelli viene esaminato dalle Commissioni di Camera e Senato, il bilancio sulla situazione della criminalità è decisamente confortante: le statistiche mostrano una progressiva diminuzione dei reati più gravi, quali omicidi più o meno qualificati, grassazioni, ricatti, estorsioni. Anche se certamente a questi risultati concorre il miglioramento delle condizioni sociali della popolazione, è chiaro che l'argomento della maggiore efficacia intimidatoria della sanzione capitale perde consistenza: i dati di fatto dimostrano che l'aumento o la riduzione del numero e della qualità dei delitti dipendono da fattori diversi dalla presenza o dall'assenza del patibolo.

Queste considerazioni sono confermate non solo dall'esperienza toscana, ma pure da quella di altri Stati europei⁸⁴ e, in particolare, da due Stati che da tempo hanno soppresso non solo di fatto, ma anche formalmente l'estremo supplizio: l'Olanda (nel 1870, dopo 20 anni di disapplicazione) e il Portogallo (nel 1867)⁸⁵.

Il dibattito all'interno delle Commissioni trascura gli argomenti filosofici e astratti (si esclude tutto «quello che sente dell'accademico e del metafisico»), ormai esaurientemente trattati, e si concentra soprattutto sull'esperienza concreta, da cui si evince che l'assenza del carnefice non ha provocato le conseguenze catastrofiche prefigurate dagli antiabolizionisti più accaniti.

La Commissione della Camera si esprime all'unanimità per la soppressione, mentre in quella del Senato vengono vinte le ultime resistenze con svariati argomenti (fra cui l'irreparabilità degli errori giudiziari, la scarsa efficacia sia nella prevenzione che nella correzione e l'influenza negativa sulla popolazione, «perché una legislazione di sangue insanguina i costumi», e l'esigenza di unitarietà del diritto penale nazionale), che sono riassunti da Enrico Pessina nella relazione finale⁸⁶.

Ciò che convince i senatori più irriducibili è il carattere sperimentale che si attribuisce alla radicale riforma: essi confidano, infatti, che, «ove l'esperimento faccia mala prova, [...] la pena dell'estremo supplizio sia ripristinata dall'autorità legislativa sempre che l'esperienza ne dimostri evidente la necessità ulteriore»⁸⁷. Si lascia così aperto uno spiraglio nel quale potrà insinuarsi la reintroduzione della pena capitale ad opera dello Stato autoritario: uno spiraglio che si rinviene, del resto, anche nella relazione di Tommaso Villa alla Camera dei deputati, ove si accenna alla possibilità che, in determinate situazioni, la pena di morte possa essere provvisoriamente ristabilita e utilizzata «contro coloro, la cui esistenza costituirebbe un permanente pericolo per l'ordine pubblico e per la vita e le sostanze dei cittadini».

L'obiettivo da perseguire è la sicurezza sociale e da entrambe le relazioni traspare la preoccupazione di dimostrare che al vertice della scala punitiva si è posta una sanzione, che, «senza troncane l'esistenza del condannato, gl'infligga una tremenda espiazione e valga ad assicurare per sempre la società da nuovi attentati per parte di chi si mostrò indegno del civile consorzio»⁸⁸.

Sulla funzione di emenda, che peraltro si ritiene adeguatamente svolta dal rigore dell'isolamento («La rigida solitudine, che è pure la più grave pena che possa escogitarsi contro la

⁸³ E. PESSINA, *Relazione della Commissione speciale [...] sul disegno di legge che autorizza il Governo del Re a pubblicare il Codice penale per il Regno d'Italia già approvato dalla Camera dei deputati [...]*, Roma, 1888, 27.

⁸⁴ Una panoramica delle posizioni di vari Stati europei nei confronti della pena capitale è offerta da Zanardelli nella relazione al progetto di codice del 1888 (G. ZANARDELLI, *Relazione ministeriale*, VII, *Concetti generali sulla penalità, e soppressione della pena di morte*, in *Rivista penale*, XXVII (VII della seconda serie), 1888, 150-155).

⁸⁵ T. VILLA, *Relazione*, cit., 45; E. PESSINA, *Relazione*, cit., 27.

⁸⁶ E. PESSINA, *Relazione*, cit., 26-28.

⁸⁷ E. PESSINA, *Relazione*, cit., 27-28.

⁸⁸ T. VILLA, *Relazione*, cit., 60.

natura socievole dell'uomo, può esercitare una benigna influenza d'emenda su l'animo anche de' più scellerati»⁸⁹), prevale l'esigenza intimidatoria⁹⁰, che richiede una sanzione idonea «a spargere un salutare terrore su le moltitudini». D'altra parte, si reputa che le istanze umanitarie siano convenientemente appagate dall'opportunità offerta ai condannati di accedere al lavoro in comune (rispettando l'obbligo del silenzio) dopo un decennio di buona condotta.

Secondo i legislatori, una repressione così concepita non «lascerà spazio a perniciose speranze d'impunità» e il principio della certezza della pena non sarà più scalfito dalle remore che talvolta trattengono i corpi giudicanti dal condannare a morte i grandi malfattori⁹¹.

Nella versione definitiva, l'articolo 12 del codice penale unitario, sostituendo alla pena capitale la pena perpetua, prevede per tutti i condannati un primo periodo (sette anni anziché dieci, come nell'ultimo progetto) di segregazione cellulare continua e obbligo del lavoro, cui segue un secondo periodo con lavoro in comune, ma imposizione del silenzio.

Gli abolizionisti hanno finalmente vinto la loro battaglia: il lungo e tormentato percorso, di cui qui si sono sintetizzate alcune tappe, dimostra con evidenza che questa era l'unica via per raggiungere la meta; soltanto una pena con una forte efficacia intimidatoria, che garantisse l'esclusione definitiva della peggiore delinquenza dal contesto sociale, poteva placare i timori di recrudescenza della criminalità e persuadere anche i più irremovibili a eliminare la pena capitale.

3.

Le critiche all'ergastolo zanardelliano.

Dopo la cancellazione della pena di morte, il nuovo bersaglio di chi vuol difendere i valori umanitari diventa l'ergastolo. Una voce, in particolare, si leva con insistenza fra le altre: quella di Giuseppe Orano, avvocato e docente di Diritto e procedura penale alla Regia università di Roma. Egli affronta il problema in diversi scritti⁹² per dimostrare che, se l'abolizione del patibolo è stata un notevole progresso sul piano morale, legislativo e politico, la sua sostituzione con l'ergastolo è stata un deciso regresso sotto il profilo umanitario.

La sua perorazione in favore della soppressione della perpetuità della pena si basa su svariati argomenti, alcuni dei quali non si differenziano da quelli usati contro la pena di morte. Ad esempio, egli osserva che non si è risolta la questione della non graduabilità della pena, perché anche l'ergastolo, come la pena capitale, è comminato per delitti di vario tipo, che non presuppongono necessariamente lo stesso grado di malvagità, né suscitano il medesimo allarme sociale.

Inoltre, il rischio di errori giudiziari, invece di diminuire, è aumentato: infatti, da un lato, proprio perché la pena non è più irreparabile, i giurati, che normalmente non hanno idea della «crudeltà nel modo di espiazione», hanno meno remore a condannare. Dall'altro lato, sono state abolite tutte le cautele che circondavano l'esecuzione della pena di morte.

Tali cautele erano previste dall'art. 650 del codice di procedura penale, che imponeva al difensore, sotto la sua personale responsabilità, di produrre ricorso nel termine voluto dalla legge, quand'anche il condannato non acconsentisse. Qualora il ricorso non fosse stato prodotto o fosse stato prodotto fuori dai termini, l'esecuzione della sentenza era sospesa e il pubblico ministero era tenuto a mandare d'ufficio gli atti alla Corte di cassazione, la quale doveva nominare un avvocato ed esaminare i mezzi d'annullamento che costui produceva; altri avvocati potevano essere coinvolti dal pubblico ministero presso la Corte di cassazione o dalla Corte stessa; quest'ultima poteva altresì infliggere pene disciplinari al difensore inadempiente.

Se il ricorso era rigettato, l'esecuzione della sentenza non aveva luogo immediatamente; infatti, dopo la trasmissione degli atti del processo al Ministro guardasigilli con la domanda di grazia, lo stesso Ministro sentiva il parere del Procuratore generale del distretto, dal quale

⁸⁹ T. VILLA, *Relazione*, cit., 60.

⁹⁰ Come osservava l'avvocato Mario De Mauro, «[...] da noi l'emenda del colpevole non è assunta a principio fondamentale del diritto di punire ma solo riguardata come uno tra i più essenziali effetti della pena» (M. DE MAURO, *La pena perpetua con riguardo al progetto di codice penale italiano presentato alla Camera dei deputati nella tornata del 26 novembre 1883 dal Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti (Savelli)*, estr. del *Foro Catanese*, Catania, 1884, 10.

⁹¹ T. VILLA, *Relazione*, cit., 60-61.

⁹² G. ORANO, *Saggio di uno studio sulla pena dell'ergastolo*, in *La Giustizia Penale*, III (1897), 1057-1065; Id., *Il patibolo e l'ergastolo di fronte all'errore giudiziario*, estr. da *Foro Penale*, Roma, 1900, 1-20; Id., *La riduzione scientifica del problema dell'ergastolo*, Prolusione al corso di Diritto e procedura penale letta nella R. università di Roma il 30 novembre 1900, Roma, 1901, 1-45.

dipendeva la Corte giudicante, e, se vi era qualche dubbio sulla giustizia del verdetto, si richiedeva il parere della Corte d'assise che aveva pronunciato la condanna; da ultimo, veniva sentito il Consiglio di Stato.

Essendo stata abolita questa complessa procedura garantistica⁹³, la Corte di cassazione, anche in vista di motivi non lievi d'annullamento, è – secondo la testimonianza di Orano – molto meno propensa a rinviare a nuovo giudizio il condannato all'ergastolo. A ciò si aggiunge il problema dello scarso impegno dei difensori d'ufficio, a cui frequentemente viene affidato il ricorso: costoro non sono «sempre compresi dal sentimento della responsabilità che pesa su di loro nello adempimento di un ufficio così grave e delicato», e, se il ricorso viene rigettato, ogni speranza per il condannato cessa.

In definitiva, Orano ritiene che l'ergastolo sia null'altro che una «morte lenta con lunga agonia», un vero «patibolo continuato»; a suo avviso, esso è peggiore della morte, perché mina irrimediabilmente la salute sia mentale che fisica con l'immobilismo forzato e il prolungato isolamento; le pessime condizioni igieniche in cui il condannato vive favoriscono le malattie, prima fra tutte la tubercolosi; e, d'altra parte, anche l'imposizione del silenzio per tempi così lunghi contribuisce a condurre alla pazzia, mentre nient'affatto rari sono i casi di suicidio tentato o consumato.

Accanto alle censure rivolte alla disciplina dell'ergastolo e alle sue pesanti modalità di espiazione, non mancano le critiche ai gravosi effetti di carattere sia penale che civile.

Sotto il profilo penale, l'ergastolano viene perpetuamente interdetto dai pubblici uffici, mentre, dal punto di vista civile, alla privazione della patria potestà, dell'autorità maritale e della capacità di testare, si aggiunge l'annullamento del testamento fatto prima della condanna.

Attorno a quest'ultima disposizione non erano mancate, anche in tempi precedenti, vivaci polemiche sia nelle discussioni parlamentari, che in ambito dottrinale: il lungo iter preparatorio del codice rispecchia, nelle sue varie tappe, le profonde divergenze di vedute tra gli addetti ai lavori.

In due progetti, quello di De Falco del 1866 e quello di Mancini del 1876, si lasciava al condannato la piena capacità di testare anche dopo la condanna; in tutti gli altri gli si toglieva la capacità di testare; nel progetto Vigliani del 1874, in quello di Zanardelli del 1883 e in quello di Tajani del 1886 si conservava la validità del testamento anteriore alla condanna, mentre se ne sanciva la nullità nel progetto della Commissione del 1868-70, in quello di Mancini del 1876, in quello di Savelli del 1883 e in quello della Commissione senatoria del 1888⁹⁴.

Nell'ultima fase dei lavori, la perdita della capacità di testare in seguito alla condanna è fuori discussione; quanto al testamento redatto prima, la Commissione della Camera dei deputati si esprime per una soluzione di compromesso, proponendo l'annullamento del testamento posteriore al delitto (non alla condanna) e la validità di quello anteriore⁹⁵. Per contro, la Commissione senatoria si attiene alla linea più intransigente e auspica l'annullamento anche del testamento anteriore al delitto⁹⁶. Quest'ultima è la soluzione accolta definitivamente da Zanardelli, il quale, rinnegando la scelta del 1887, torna alla sua idea originaria⁹⁷.

Nell'impossibilità di addentrarsi in questa sede nelle sottigliezze dei singoli ragionamenti, ci si limiterà a citare gli argomenti chiave delle due tesi contrapposte.

Il sostegno decisivo all'opinione vincente è dato dal concetto della revocabilità come requisito essenziale del testamento. In quanto atto di ultima volontà, esso deve rimanere revocabile fino alla morte, mentre il condannato all'ergastolo, avendo perso la capacità di testare, non può più revocare un testamento redatto in precedenza: se quest'ultimo rimanesse valido – dicono i fautori di questa versione –, potrebbe non rispecchiare più l'ultima volontà del suo autore⁹⁸.

In posizione opposta si attesta chi punta soprattutto sulla violazione del principio dell'ir-

⁹³ Art. 31 del R.D. 1 dicembre 1889, n. 6509, contenente le disposizioni di attuazione del nuovo codice penale.

⁹⁴ A. ASCHIERI, voce 'Ergastolo' in *Il Digesto Italiano*, vol. X, Torino, 1895-1898, 520.

⁹⁵ T. VILLA, *Relazione*, cit., 73-77.

⁹⁶ E. PESSINA, *Relazione*, cit., 51-53.

⁹⁷ Art. 33 c.p. Nel tempo, la posizione di Zanardelli aveva subito delle oscillazioni: nel progetto del 1883 egli aveva accolto la soluzione, già contenuta nel progetto senatorio del 1875 e mantenuta dal ministro Mancini, della nullità del testamento fatto prima della condanna, mentre nel 1887, conformandosi all'orientamento della Commissione della Camera, aveva mutato la disposizione. Nella redazione definitiva, però, come si è visto, era tornato alla scelta originaria (L. DI BICOCCA, *Sulla nullità del testamento fatto dal condannato all'ergastolo prima del reato*, in *Il Circolo Giuridico*, 24, Palermo, 1893, 203-204).

⁹⁸ Lo statista Alessandro Aschieri, che si dichiara per la nullità, adduce invece una diversa motivazione: il principio di indegnità morale che colpisce il condannato, «come ne annienta la civile esistenza sottraendolo per sempre alla società, cancella in lui ogni suo atto suscettivo ancora di effetti nell'avvenire» (A. ASCHIERI, voce 'Ergastolo', cit., 520).

retroattività delle leggi: esse non devono poter annullare un atto validamente compiuto in un momento anteriore da un soggetto pienamente capace; questa opinione troverebbe sostegno anche nell'analogia tra gli effetti dell'interdizione legale e quelli dell'interdizione per infermità di mente, la quale produce il suo effetto dal giorno della sentenza e non determina la nullità degli atti compiuti prima, salvo che già sussistesse lo stato di incapacità⁹⁹.

Entrambe le tesi poggiano su valide motivazioni, ma prevale quella che risponde maggiormente all'esigenza di inasprire quanto più possibile la pena a scopi di deterrenza; del resto, la disposizione avrà lunga vita, perché, nonostante la sua natura discutibile e le critiche da parte della dottrina, verrà travasata senza discussione sia nel progetto Ferri¹⁰⁰ che nel codice Rocco¹⁰¹.

4.

Il fascismo e la reintroduzione della pena di morte.

Nel 1926, com'è noto, in seguito ai quattro attentati diretti contro Mussolini¹⁰², la pena di morte viene ristabilita nell'ambito dei severi provvedimenti per la difesa dello Stato, posti provvisoriamente in vigore per cinque anni¹⁰³, ma poi reiteratamente prorogati; nel 1930 la pena stessa sarà riconfermata stabilmente dal nuovo codice penale ed estesa dai reati di stampo politico a quelli comuni «aventi carattere di brutalità e di ferocia».

Come ha osservato Giovanni Tessoro, alla luce della sua accurata ricognizione, il «ri-stabilimento della sanzione capitale in Italia non fu un evento improvviso, né tanto meno sorprendente, ove si consideri con la dovuta attenzione il clima politico complessivo entro cui maturò»¹⁰⁴.

In realtà, nella situazione confusa e allarmante che si è venuta a creare in quei primi anni del regime, gli attentati sono ampiamente pubblicizzati e abilmente sfruttati «per convincere l'opinione pubblica della necessità di provvedimenti autenticamente eccezionali»¹⁰⁵: nel discorso al Senato del 20 novembre 1926, ad esempio, Alfredo Rocco sottolinea la necessità che lo Stato intervenga con «una legge penale, non un provvedimento politico», per mostrare la forza del regime contro avversari che, «incapaci di fare la lotta politica», possono soltanto «armare la mano di incoscienti e di sicari». Nelle accese parole del guardasigilli si evidenzia la trasformazione degli avversari politici in criminali, che comporta, come naturale conseguenza, la doverosità della ferma repressione da parte dello Stato al fine di restaurare l'ordine sociale ed evitare reazioni e rappresaglie¹⁰⁶.

Le motivazioni addotte da Alfredo Rocco¹⁰⁷ e supportate da suo fratello Arturo, il vero

⁹⁹ Questa tesi in dottrina è sostenuta, ad esempio, dall'avvocato Luigi Di Bicocca, che riformerebbe il dettato del codice nel senso di rendere nulli soltanto i testamenti anteriori alla condanna di cui si possa provare la stretta attinenza col delitto. A una simile conclusione egli giunge accogliendo l'idea, molto diffusa, che la sancita nullità del testamento anteriore alla condanna è dovuta soprattutto ad una ragione di ordine morale: infatti, si ritiene comunemente che l'autore di un reato punito con l'ergastolo dimostri un'"inferiorità morale" tale da renderlo indegno di esercitare i suoi diritti (L. DI BICOCCA, *Sulla nullità del testamento*, cit., 208-209).

¹⁰⁰ Art. 103 del progetto Ferri (D. PETTINI, *La nullità del testamento fatto dal condannato all'ergastolo prima della condanna*, in *La Scuola Positiva*, 2, 1922, pt. I, 240).

¹⁰¹ Art. 32: nessun cenno al problema è rinvenibile nella relazione di Rocco al progetto definitivo (A. ROCCO, *Relazione al Progetto definitivo di un nuovo codice penale*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, pt. I, *Relazione sul Libro I del progetto*, Roma, 1929, 79 n. 54).

¹⁰² I quattro attentati furono perpetrati tra il 4 novembre 1925 e il 31 ottobre 1926: G. TESSITORE, *Fascismo e pena di morte. Consenso e informazione*, Milano, 2000, 93-120.

¹⁰³ *Atti parlamentari - Camera dei deputati - Legislatura XXVII - I sessione - discussioni - tornata 9 novembre 1926*, 6395-6398; legge 25 novembre 1926, n. 2008 concernente la difesa dello Stato.

¹⁰⁴ G. TESSITORE, *Fascismo*, cit., 93.

¹⁰⁵ G. TESSITORE, *Fascismo*, cit., 98.

¹⁰⁶ A. ROCCO, *Discorso al Senato del Regno*, in *Scritti e discorsi politici di Alfredo Rocco*, III, *La formazione dello Stato fascista (1925-1934)*, Milano, 1938, 863-865. Con la legge 25 novembre 1926, n. 2008 la pena capitale viene ripristinata per «chiunque commette un fatto diretto contro la vita, l'integrità o la libertà personale» di alcune figure simbolo della vita istituzionale e politica (Re, Reggente, Regina, Principe ereditario, cui è aggiunto il Capo del Governo) e per taluni gravi reati contro la sicurezza dello Stato, che il codice Zanardelli sanzionava con l'ergastolo o con la reclusione; contemporaneamente viene istituito il Tribunale speciale per la difesa dello Stato, inizialmente a tempo determinato (cinque anni) e poi ripetutamente prorogato fino alla caduta del fascismo: v. in proposito i recenti saggi contenuti in *Il diritto del duce. Giustizia e repressione nell'Italia fascista*, a cura di L. LACCHÉ, Roma, 2015: L.P. D'ALESSANDRO, *Per una storia del Tribunale speciale: linee di ricerca tra vecchie e nuove acquisizioni*, 151-173; A. BASSANI, A. CANTONI, *Il segreto politico nella giurisprudenza del Tribunale speciale per la difesa dello Stato*, 175-206; M. PETRACCI, *La follia nei processi del Tribunale speciale per la difesa dello Stato*, 208-234.

¹⁰⁷ Per indicazioni bibliografiche su Alfredo Rocco rinvio a G. CHIODI, *Alfredo Rocco e il fascismo dello Stato totale*, in I. BIROCCHI e L. LOSCHIAVO (curr.), *I giuristi e il fascismo del regime (1918-1925)*, Roma, 2015, pp. 103-104, nt. 2.

penalista¹⁰⁸, per giustificare il ristabilimento del supremo supplizio, sono poi sostanzialmente riprese e sviluppate nella relazione al progetto definitivo sottoposto all'approvazione delle Camere e successivamente in quella di presentazione del testo finale al Re.

La premessa è la negazione del presupposto contrattualistico del diritto di punire di Beccaria: tale diritto non deriva allo Stato dall'insieme delle minime porzioni di libertà cui i cittadini col contratto sociale hanno rinunciato per l'utilità comune, ma è un diritto proprio dello Stato, da esso esercitato in funzione della sua conservazione e della sua difesa contro il pericolo della criminalità, intesa come fenomeno sociale generale che mina la comune convivenza.

La concezione individualistica liberale, per cui l'individuo è il fine e la società e lo Stato sono il mezzo, viene capovolta dall'ideologia fascista: l'individuo non è altro che «un elemento infinitesimale e transeunte dell'organismo sociale, ai cui fini deve subordinare la propria azione e la propria esistenza»; è «mezzo dei fini sociali, che oltrepassano di molto la sua vita. Nessuna meraviglia, pertanto, che ai fini immanenti della società si sacrificino, se sia necessario, i fini dell'individuo»; quindi, «quando occorre, per le ragioni supreme della difesa della società e dello Stato, dare un solenne esempio ammonitore e placare la giusta indignazione della coscienza popolare, evitando così sanguinose rappresaglie e gravi disordini, è perfettamente legittimo, applicando la pena di morte, infliggere all'individuo il sacrificio supremo»¹⁰⁹.

Nella concezione di Rocco, lo stimolo a reintrodurre la pena di morte viene dalla necessità sociale e politica che si determina in certi luoghi e in certi momenti storici: quando questa necessità è largamente avvertita dalla coscienza pubblica (che in tal modo diventa un comodo paravento), lo Stato ha il dovere di attivare la repressione penale per evitare gravi disordini.

Peraltro, questo ragionamento, come si ricorderà, non esce dall'alveo tracciato nel periodo liberale: infatti, entrambe le Commissioni parlamentari, al momento dell'approvazione definitiva dell'abolizione della pena capitale, avevano lasciata aperta la possibilità di un suo eventuale ripristino (stabile secondo i senatori, in genere meno favorevoli all'abolizione, e provvisorio secondo i deputati) in determinate condizioni di rischio per la pubblica sicurezza.

Poste queste premesse, ulteriori argomenti di vario genere vengono illustrati a supporto della reintroduzione del supremo supplizio. Tra l'altro, non manca un accenno alla *Summa theologica* di S. Tommaso¹¹⁰ e al trattato di Beccaria, con riferimento ai due casi limite per i quali il marchese lombardo lasciava intravedere la possibilità di considerare ammissibile la pena di morte: con un'interpretazione a dir poco "disinvolta", tali casi, da eccezioni, vengono trasformati in regole¹¹¹.

Particolarmente spregiudicato, poi, appare il parallelo che il guardasigilli instaura tra la morte dei criminali più pericolosi e quella dei caduti in guerra: la «ripugnanza che taluni sentono» per la pena di morte «è veramente poco giustificabile, in quanto non vi è alcuno che dubiti della legittimità di un altro sacrificio, ben più vasto e ben più grave, che lo Stato impone ai cittadini: quello di morire combattendo per la Patria. Se tal sacrificio si impone a centinaia di migliaia di onesti cittadini, perché potrà mai dubitarsi della legale e morale possibilità di infliggere un sacrificio analogo ai più tristi delinquenti?»¹¹². Non si può non trovare sconcerto

¹⁰⁸ V. in proposito A. Rocco, *Sul ripristino della pena di morte in Italia*, in Id., *Opere giuridiche*, III, *Scritti giuridici vari*, Roma, 1933, 545-552. Arturo fu presidente del Comitato ministeriale incaricato di redigere il progetto preliminare del codice penale, fece parte della Commissione che elaborò un successivo progetto e poi del Comitato che curò il progetto definitivo: F. COLAO, G. NEPPI MODONA, M. PELISSERO, *Alfredo Rocco e il codice penale fascista*, in *Democrazia e diritto*, 2011, fasc.1-2, 175; per notizie e bibliografia su Arturo Rocco, mi limito a segnalare L. GARLATI, M.N. MILETTI, voce 'Rocco, Arturo' in *DBGI*, II, 1704-1708; L. GARLATI, *Arturo Rocco inconsapevole antesignano del fascismo nell'Italia liberale*, in I. BROCCHI e L. LOSCHIAVO (curr.), *I giuristi e il fascismo del regime*, cit., 191-213.

¹⁰⁹ A. Rocco, *Relazione al Re*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, VII, *Testo del nuovo codice penale*, Roma, 1930, 21.

¹¹⁰ A. Rocco, *Relazione al Re*, cit., 21-22, dove si riporta il famoso passo in cui l'Aquinate ammette l'eliminazione dalla società del cittadino «divenuto pernicioso [...] e corrompitore», al fine di salvaguardare il bene comune.

¹¹¹ A. Rocco, *Relazione al progetto definitivo*, cit., 67; Id., *Relazione al Re*, cit., 20-21, dove viene attribuito a Beccaria un brano, della cui paternità si può fortemente dubitare, che Rocco dichiara di aver rinvenuto in una edizione di «*Dei delitti e delle pene*» pubblicata a Bassano nel 1789. Nella versione originale, Beccaria aveva scritto: «La morte di un cittadino non può credersi necessaria che per due motivi. Il primo, quando anche privo di libertà egli abbia ancora tali relazioni e tal potenza che interessi la sicurezza della nazione; quando la sua esistenza possa produrre una rivoluzione pericolosa nella forma di governo stabilita. La morte di qualche cittadino diviene dunque necessaria quando la nazione ricupera o perde la sua libertà, o nel tempo dell'anarchia, quando i disordini stessi tengon luogo di leggi; ma durante il tranquillo governo delle leggi, in una forma di governo per la quale i voti della nazione siano riuniti, ben munita al di fuori e al di dentro dalla forza e dalla opinione, forse più efficace della forza medesima, dove il comando non è che presso il vero sovrano, dove le ricchezze comprano piaceri e non autorità, io non veggio necessità alcuna di distruggere un cittadino, se non quando la di lui morte fosse il vero ed unico freno per distogliere gli altri dal commettere delitti, secondo motivo per cui può credersi giusta e necessaria la pena di morte» (C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § XVIII).

¹¹² A. Rocco, *Relazione al Re*, cit., 21.

tante l'accostamento tra due categorie di persone tanto diverse: da un lato, gli onesti soldati sacrificati in difesa di valori all'epoca molto sentiti, legati alla patria, alle tradizioni e agli affetti, e, dall'altro, i delinquenti che quei valori hanno in qualche modo calpestato. Un accostamento che può trovare giustificazione solo nella concezione di assoluta supremazia dello Stato rispetto al singolo, dello Stato che ha come obiettivo primario la difesa della sua personalità, della sua autorità e della sua sicurezza¹¹³.

In questa prospettiva, anche il più forte degli argomenti degli abolizionisti, cioè l'irreparabilità della pena di morte, viene cinicamente e freddamente liquidato in poche parole: l'errore giudiziario è per il guardasigilli una rara eventualità e non è un motivo plausibile per «paralizzare» l'azione di prevenzione generale posta a tutela «delle più essenziali esigenze di vita e di elevamento politico e morale dello Stato». E, nell'indicare le «particolari cautele» da adottare per limitare il rischio di errori, il ministro non va oltre la banalità: l'evidenza delle prove e l'accertamento rigoroso della responsabilità del colpevole¹¹⁴.

Ciò che conta, per Rocco, è il fatto che la pena capitale adempia al meglio, per i reati gravissimi, alle funzioni essenziali della repressione: la prevenzione generale, attuata mediante l'intimidazione e l'esemplarità, la soddisfazione «del sentimento pubblico», che evita le vendette e le rappresaglie, e la prevenzione speciale, con la definitiva eliminazione del delinquente. La totale assenza della funzione di rieducazione ed emenda non crea al ministro alcun problema, perché la correzione del reo è semplicemente uno scopo secondario o accessorio¹¹⁵. D'altra parte, già nell'ergastolo zanardelliano l'emenda era confinata ad un ruolo del tutto marginale, essendo affidata al pentimento che il condannato poteva maturare nell'isolamento (con l'eventuale aiuto della riflessione religiosa) e al valore educativo del lavoro¹¹⁶: anche i legislatori del periodo liberale, come quelli di epoca fascista presumevano che gli autori dei delitti più atroci fossero individui pericolosi e sostanzialmente irrecuperabili, ossia individui da escludere in maniera definitiva dal contesto sociale.

In questa comune concezione di alterità di coloro che venivano considerati grandi criminali e nella conseguente esigenza «eliminatrice» dei condannati alla pena massima, non si può non vedere una continuità fra i due codici, salvo che, ovviamente, la condanna alla pena capitale, una volta eseguita, è irreparabile, mentre l'ergastolo non preclude la speranza di indulto o di grazia.

Una discontinuità, invece, si riscontra nella punizione dei delitti politici, perché, mentre Zanardelli normalmente li sanziona con la reclusione o la detenzione e solo eccezionalmente con l'ergastolo¹¹⁷, il ministro di Mussolini, considerandoli alla stregua dei crimini comuni, ne colpisce un cospicuo numero con la morte, in modo da liberarsi più facilmente degli avversari politici.

In compenso, reintroducendo stabilmente la pena capitale, Rocco può permettersi di restringere la rosa dei delitti da punire con l'ergastolo e può vantare la mitigazione delle modalità esecutive di una pena che fino ad allora aveva dei connotati disumani, come la segregazione cellulare continua e il lavoro in completo isolamento¹¹⁸.

Al momento della presentazione alle Camere del progetto definitivo, infatti, il guardasigilli, ferma restando la segregazione notturna, propone di lasciare al prudente apprezzamento del giudice l'applicazione dell'isolamento diurno, disponendo che, di regola, esso non possa superare i due anni e che, solo qualora l'ergastolano debba rispondere di altri reati, possa protrarsi fino a quattro anni. Ma l'innovazione che egli considera «più notevole» è il lavoro all'aperto, che, pur richiedendo una maggiore complessità di organizzazione e sorveglianza, dovrebbe impedire «gli effetti deleteri della pena perpetua», come l'abbruttimento, la pazzia o le malattie. Sul punto, il ministro non manca di prevenire le possibili obiezioni e rassicura il suo uditorio sul fatto che la destinazione a lavori gravosi, come il dissodamento di terreni agricoli e le bonifiche, garantirebbe il mantenimento del carattere rigoroso e affittivo della pena¹¹⁹.

¹¹³ Lo stesso argomento, probabilmente suggerito da Arturo (A. Rocco, *Sul ripristino*, cit., 551-552), compare già nella relazione alla legge del 1926 (G. TESSITORE, *Fascismo*, cit., 211).

¹¹⁴ A. Rocco, *Relazione al Re*, cit., 24-25. Anche in questo caso, il guardasigilli instaura un curioso parallelo tra gli errori della giustizia e quelli dei medici e dei chirurghi, che, secondo lui, sono assai più frequenti, ma non danno adito a lamentele.

¹¹⁵ A. Rocco, *Relazione al Re*, cit., 22; C. SALTELLI, 'Ergastolo', in *Nuovo Digesto Italiano*, V, Torino, 1938, 458.

¹¹⁶ U. CONTI, *La pena*, cit., 143-144.

¹¹⁷ Artt. 104, 106, 117.

¹¹⁸ L'asprezza della pena dell'ergastolo prevista dal codice Zanardelli aveva consentito ad Arturo Rocco di scrivere: «La pena di morte, se spoglia di sofferenze, è, chi ben consideri, la più umana delle pene eliminatrici» (A. Rocco, *Sul ripristino*, cit., 551).

¹¹⁹ A. Rocco, *Relazione al progetto definitivo*, cit., 69-70.

Nel testo definitivo, la segregazione cellulare continua non compare più: restano, invece, l'isolamento notturno e l'obbligo del lavoro all'interno dello stabilimento per i primi tre anni, oltre i quali è consentito il lavoro all'aperto¹²⁰. Sotto questo profilo, dunque, Rocco può gloriarsi di avere riequilibrato la 'superflua severità' del codice liberale, il cui apparato sanzionatorio è, per il resto, da lui tacciato di eccessiva mitezza e di soverchio 'pietismo', «con pieno riconoscimento delle necessità di difesa sociale e con erronea valutazione delle finalità di giustizia nei riguardi dei singoli delinquenti»¹²¹.

Per concludere, si potrebbe dire che, in certo qual modo, l'impianto sanzionatorio fascista capovolge quello del codice liberale: in quest'ultimo, infatti, come Sergio Moccia faceva notare, l'ergastolo, rispondendo ad istanze meramente repressivo-deterrenti, è la sola eccezione alla «impostazione correzionalista che si riconosce sia dall'analisi di singole scelte normative, sia da una lettura sistematica degli istituti»¹²²; anche nel codice Rocco l'ergastolo è un'eccezione, ma lo è nel senso che, con l'attenuazione del precedente rigore, contrasta con il carattere fortemente affittivo-intimidativo delle restanti pene.

¹²⁰ Art. 22: nelle colonie o nei possedimenti d'oltremare il lavoro all'aperto può essere concesso anche prima dei tre anni.

¹²¹ A. ROCCO, *Relazione al progetto definitivo*, cit., 62-63.

¹²² S. MOCCIA, *Ideologie e diritto nel sistema sanzionatorio del codice Zanardelli*, in *Diritto penale dell'Ottocento*, cit., 566.

L'ergastolo nell'esecuzione penale contemporanea

Life Imprisonment in the Contemporary Enforcement of Criminal Sentences

STEFANO MARCOLINI

*Professore associato di Diritto processuale penale presso l'Università dell'Insubria
stefano.marcolini@uninsubria.it*

ERGASTOLO, CORTE EDU, MISURE ALTERNATIVE,
LIBERAZIONE CONDIZIONALE, ERGASTOLO C.D. OSTATIVO

LIFE IMPRISONMENT, EUROPEAN COURT OF HUMAN
RIGHTS, MEASURES AS AN ALTERNATIVE TO PRISON,
PAROLE, "NO ESCAPE" LIFE IMPRISONMENT

ABSTRACT

Il lavoro costituisce una presentazione critica del volto attuale dell'ergastolo italiano e delle misure che operano nella fase di esecuzione della pena, grazie alle quali è possibile dichiararne la conformità alla Costituzione italiana ed alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo

The work constitutes a critical presentation of the current face of Italian life imprisonment and of the measures operating in the phase of the enforcement of sentences which allow to declare its conformity with the Italian Constitution and the European Convention on Human Rights.

SOMMARIO

1. Premessa. – 2. Il “*right to hope*” europeo e la posizione della giurisprudenza italiana. – 3. La progressività del trattamento penitenziario. – 4. Ergastolo e liberazione anticipata. – 5. Ergastolo e permessi premio. – 6. Ergastolo e lavoro esterno. – 7. Ergastolo e semilibertà. – 8. Ergastolo e liberazione condizionale. – 9. Il problema dell’ergastolo ostativo. – 10. Conclusioni.

1. Premessa.

Il sistema sanzionatorio italiano è attualmente percorso da un notevole fermento rinnovatore.

Come noto, la legge 28 aprile 2014, n. 67, conteneva all’art. 1 una “Delega al Governo in materia di pene detentive non carcerarie”, ed all’art. 2 una “Delega al Governo per la riforma della disciplina sanzionatoria”, ambedue peraltro non esercitate compiutamente, avendo portato unicamente alla minimale introduzione del nuovo istituto della tenuità del fatto nel codice penale: sulla base dell’art. 1, comma 1, lett. m) della citata legge n. 67 del 2014 è stato come noto emanato il d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28, cui si deve l’art. 131-*bis* c.p., che ha strutturato la tenuità del fatto come causa di non punibilità.

Venendo alle più recenti novità, la legge 23 giugno 2017, n. 103, c.d. Legge Orlando, contiene una ampia delega per la riforma dell’ordinamento penitenziario sia per i minori sia per i maggiorenni (art. 1, commi 82, 83 ed 85).

Sempre dal punto di vista normativo, abolita la pena di morte anche per il tempo di guerra (art. 27, comma 4 Cost., come modificato dalla legge costituzionale 2 ottobre 2007, n. 1), l’ergastolo resta ad ogni effetto giuridico come la “pena massima prevista” dal codice penale nonché dal codice penale militare di guerra e dalle leggi militari di guerra.

La sua descrizione è contenuta all’art. 22 c.p., e la Corte costituzionale con sentenza n. 168 del 1994 ne ha escluso l’applicazione al minore imputabile; inoltre, secondo l’art. 157, comma 8 c.p., i reati puniti con la pena dell’ergastolo (anche quando questa sia prevista come effetto di una aggravante) sono imprescrittibili.

Poiché lo Stato italiano non è l’unico, nel panorama internazionale, a prevedere nel proprio sistema sanzionatorio l’ergastolo, utili spunti di riflessione possono innanzitutto provenire dalla giurisprudenza sovranazionale in materia, in particolar modo da quella della Corte EDU.

2. Il “*right to hope*” europeo e la posizione della giurisprudenza italiana.

La giurisprudenza della Corte EDU si è formata intorno al parametro convenzionale costituito, più che dall’art. 5, dall’art. 3 CEDU, che i cultori del diritto penitenziario conoscono per essere il parametro invocato anche in tema di sovraffollamento carcerario¹.

L’idea portante — e pragmatica — della giurisprudenza di Strasburgo è che non vi possano essere situazioni in cui “si buttino le chiavi”: la catena perpetua non è conforme alla CEDU se l’ordinamento statale non offre una seria possibilità, entro un lasso di tempo ragionevole, di sostituirla con una misura alternativa che consenta al condannato la fuoriuscita dal carcere, cioè dal paradigma classico di esecuzione penale intramuraria. L’espressione impiegata è appunto quella di diritto alla speranza (*right to hope*)².

Tale possibilità di uscita deve essere prevedibile e conoscibile sin dall’ingresso in istituto, in modo da orientare verso modelli positivi e virtuosi il comportamento del soggetto all’interno del carcere.

¹ Nei confronti dell’Italia con la nota sentenza pilota nel caso Torreggiani: Corte EDU, sez. II, 8 gennaio 2013, *Torreggiani ed altri c. Italia*. Si tenga presente che, successivamente, anche Belgio, Bulgaria ed Ungheria hanno subito analoghe condanne pilota: cfr. V. MANCA, *L’Italia post-Torreggiani come modello nella sentenza pilota della Corte EDU Varga c. Ungheria*, in *Dir. pen. cont.*, 1 aprile 2015.

² Cfr. Corte EDU, Grande Camera, 17 gennaio 2017, *Hutchinson c. Regno Unito*; Id., Grande Camera, 26 aprile 2016, *Murray c. Paesi Bassi*; Id., Grande Camera, 9 luglio 2013, *Vinter ed altri c. Regno Unito*. L’espressione “diritto alla speranza” si fa risalire alla *concurring opinion* del giudice Ann Power – Forde proprio all’ultima delle tre sentenze citate. Si veda anche D. RANALLI, *L’ergastolo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo tra astratto “diritto alla speranza” e concreto accesso alla liberazione condizionale*, in *Rass. penit. e criminologica*, 2015, 289 ss.

La giurisprudenza nazionale di legittimità, anche di recente, ha ribadito la costituzionalità della pena perpetua, come configurata dal legislatore.

Sul versante interno, con una pronuncia del 2016, in particolare, la Cassazione ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 22 c.p., in riferimento all'art. 27 Cost., perché la pena dell'ergastolo, a seguito dell'entrata in vigore della legge di ordinamento penitenziario n. 354 del 1975 (di seguito, ord. pen.), ha cessato di essere una pena perpetua e quindi non può dirsi contraria al senso di umanità, essendo non incompatibile con la grazia e con la possibilità di un reinserimento incondizionato del condannato nella società libera³. Con la stessa pronuncia, la Cassazione dimostra inoltre la conoscenza della giurisprudenza della Corte EDU cui si è fatto appena sopra riferimento, giungendo anche ad affermare la compatibilità dell'ergastolo italiano con l'art. 3 CEDU, considerando che la legislazione nazionale italiana consente al soggetto adulto la possibilità di riesame della pena perpetua inflitta per commutarla, sospenderla, porvi fine o accordare la liberazione anticipata.

In altra precedente sentenza del 2015 il percorso motivazionale è a un dipresso il medesimo, con espressa dichiarazione di conformità della disciplina dell'ergastolo con l'art. 3 CEDU per il tramite della fonte interposta, rappresentata dall'art. 117 Cost., anche in ragione della connotazione polifunzionale della pena e, ancora una volta, dell'esistenza di una disciplina normativa che consente di escludere in concreto la sua perpetuità⁴.

Sono note le critiche, su questo terreno, mosse dalla dottrina⁵: per effetto della possibile applicazione di una serie di benefici, l'ergastolo non sarà più perpetuo *in executivis*, ma lo resta ancora a livello di comminatoria edittale. Il legislatore, in altri termini, non ha ancora rinunciato alla declamazione di principio, alla valenza simbolica insita nel minacciare questo tipo di pena per i reati di maggior gravità. E, sulla stessa lunghezza d'onda, sin dalla sentenza n. 264 del 1974, la Corte costituzionale non ha mai dichiarato in sé illegittima la pena perpetua, espungendola dal catalogo sanzionatorio, ma si è piuttosto limitata a salvarla *de plano* od al massimo ad "accomodarla" al sistema con una serie di interventi chirurgici.

Diviene a questo punto fondamentale verificare in concreto come l'ordinamento nazionale, frutto del combinato delle disposizioni di legge, delle sentenze della Corte costituzionale e della prassi dei tribunali garantisca — o tenti di garantire — la conformità convenzionale e costituzionale dell'ergastolo; in particolare, quali siano gli istituti che possono "dare speranza" all'ergastolano e se questa sia una speranza "di carta" oppure reale.

3. La progressività del trattamento penitenziario.

In presenza di una pena detentiva da scontarsi nelle classiche forme dell'esecuzione intramuraria, il dinamismo rieducativo che connota la fase dell'esecuzione penitenziaria prevede che al condannato siano offerti man mano sempre maggiori spazi di contatto con l'esterno, sino ad arrivare al naturale fine pena.

Non ha senso tenere il condannato-detenuto gelosamente custodito dentro le quattro mura dell'istituto sino all'avvenuta totale espiazione della pena, perché il soggetto, appena libero, privo di ogni radicamento sociale o lavorativo, sarà naturalmente portato a delinquere ancora. Viceversa, le statistiche sulla correlazione tra fruizione di misure alternative e deciso abbattimento del tasso di recidiva chiudono definitivamente ogni questione⁶.

Il trattamento penitenziario si deve sobbarcare questo obiettivo (ma, si ripete, fruttuoso) sforzo, volto a consentire un progressivo maggior contatto con l'esterno, ovviamente nella misura in cui il condannato risponda positivamente alle offerte trattamentali che gli vengono via via prospettate. Sul punto si parla, come noto, di progressione trattamentale. L'idea è che, a misura che il soggetto dimostri maggior senso di responsabilità, possano e debbano corrispondere benefici sempre maggiori⁷, in una sorta di climax normativo e trattamentale virtuoso ed "ascendente":

³ Cass. pen., sez. I, 12 aprile 2016, n. 34199, Aguila Rico, in *CED*, rv. 267656.

⁴ Cass. pen., sez. I, 24 settembre 2015, n. 43711, A., in *CED*, rv. 265074.

⁵ Per tutti cfr. A. PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, in *Dir. pen. cont.*, 5 marzo 2013.

⁶ Si vedano i lavori degli Stati generali dell'esecuzione penale, in particolare del Tavolo 12, dedicato alle "Misure e sanzioni di comunità" (i risultati dei lavori sono liberamente consultabili sul sito web del Ministero della giustizia).

⁷ L'osservazione è contenuta in A. PENNISI, *Le misure alternative alla detenzione*, in AA.VV., *Manuale della esecuzione penitenziaria*, a cura di P. Corso, VI^a ediz., Monduzzi, Milano, 296.

- la “regolare condotta”, lo scalino più basso, consente l’accesso ai permessi premio (art. 30-ter, comma 1 ord. pen.);
- con la “partecipazione all’opera di rieducazione”, presupposto della liberazione anticipata, l’asticella si innalza di un poco (art. 54 ord. pen.)⁸;
- un requisito di merito certamente più impegnativo è rappresentato dalla “progressione nel trattamento”, che consente l’accesso alla semilibertà, misura alternativa che consente di iniziare ad allentare significativamente il rapporto tra carcere e detenuto (art. 50, comma 4 ord. pen.);
- infine, si ha il “sicuro ravvedimento”, che è il requisito di merito più alto, cui corrisponde l’apertura di credito maggiore, che è la liberazione condizionale, con cui di fatto il condannato viene rilasciato (art. 176 c.p.).

Questo percorso fatto di progressive aperture dovrebbe potersi esemplarmente applicare anche e soprattutto all’ergastolano che, di fatto, è il soggetto maggiormente “lungodegente” all’interno del carcere, e quello su cui quindi si ha anche più tempo e modo per effettuare l’osservazione scientifica ed applicare un trattamento realmente individualizzato.

4.

Ergastolo e liberazione anticipata.

Un primo beneficio invocabile dall’ergastolano è la liberazione anticipata di cui all’art. 54 ord. pen., una delle pietre angolari del trattamento. Si tratta, come noto, del beneficio che prevede un abbattimento di pena di 45 giorni per ogni semestre di pena espiata, se il condannato dà prova di partecipare all’opera di rieducazione. Per una finestra di tempo limitata, come si ricorderà, lo sconto di pena è stato addirittura di 75 giorni ogni semestre⁹.

Vale la pena di ricordare che la liberazione anticipata in origine non si applicava agli ergastolani; con sentenza 27 settembre 1983, n. 274, la Corte costituzionale ha dichiarato l’illegittimità dell’art. 54 ord. pen. «nella parte in cui non prevede la possibilità di concedere anche al condannato all’ergastolo la riduzione di pena, ai soli fini del computo della quantità di pena così detratta nella quantità scontata, richiesta per l’ammissione alla liberazione condizionale». Il legislatore (legge n. 663 del 1986, c.d. legge Gozzini) ne ha poi preso doverosamente atto, con la conseguenza che il vigente art. 54, comma 4, II° periodo ord. pen. precisa che «la presente disposizione si applica anche ai condannati all’ergastolo».

Il punto è ovviamente stabilire in che modo e con quali finalità si effettui una detrazione di una quantità finita di tempo (45 giorni) da una quantità teoricamente infinita (l’ergastolo). Ciò è presto detto: innanzitutto il legislatore è dovuto intervenire per stabilire quali benefici possono applicarsi all’ergastolano. Ed in questo senso sono tre principali benefici cui il legislatore ha consentito astrattamente al condannato alla pena dell’ergastolano di aspirare, e cioè i permessi premio, la semilibertà e la liberazione condizionale (cui occorre aggiungere il lavoro esterno). Come si vedrà, per ciascuno di questi istituti la legge indica il *quantum* di pena che l’ergastolano deve aver espiato per potersi accedere¹⁰.

In quest’ottica, l’art. 54, comma 4, II° periodo ord. pen. afferma che la parte di pena detratta a titolo di liberazione anticipata si considera come scontata e quindi viene computata per raggiungere le varie soglie dei benefici che si vedranno.

In direzione parzialmente diversa, va ricordato che, negli anni ’90 dello scorso secolo, la giurisprudenza costituzionale ha invece affermato che le leggi di indulto, che si applicano alle pene detentive temporanee, non possono avere effetti, in tema di ergastolo, per accelerare il

⁸ Benché nella prassi il requisito sia oggetto di un forte ed annacquante automatismo, coincidente, in sostanza, nell’assenza di sanzioni disciplinari.

⁹ Cfr. art. 4, comma 1 del D.L. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito con modificazioni nella L. 21 febbraio 2014, n. 10: ma un simile incremento nello sconto di pena, introdotto nel 2013 ed avente dichiarata natura transitoria, aveva scopi deflativi e di abbattimento del sovraffollamento carcerario più che natura premiale.

¹⁰ Per questa stessa ragione, alcune misure alternative risultano — coerentemente — inapplicabili all’ergastolano, in quanto fissano dei requisiti quantitativi che postulano una pena detentiva temporanea e che mettono quindi fuori gioco la pena formalmente perpetua: l’affidamento in prova (art. 47 ord. pen.) e la detenzione domiciliare in tutte le sue specie (salva quella speciale ex art. 47-*quater* ord. pen., relativa alla condizione di AIDS conclamata o grave deficienza immunitaria).

raggiungimento delle soglie per l'accesso ai benefici¹¹.

Come osservato in precedenza, il requisito di merito che connota la liberazione anticipata (il "dare prova della partecipazione all'opera di rieducazione") dovrebbe rappresentare uno dei primi minimi scalini, sintomo dell'intrapreso cammino verso la rieducazione. Il beneficio, proprio perché da concedersi per ogni detenuto e per ogni semestre, è di competenza del magistrato monocratico di sorveglianza; il provvedimento con cui questi neghi il beneficio è reclamabile al tribunale, ai sensi dell'art. 69-*bis* ord. pen., nel termine di 10 giorni.

Sul piano più squisitamente pratico è noto che, da un lato, non di rado i provvedimenti in materia di libertà anticipata, dovendo essere presi per un gran numero di detenuti da pochi magistrati, subiscono ritardi od accorpamenti di più semestri; dall'altro, proprio per questa ragione, la verifica in ordine alla sussistenza del requisito di merito spesso si trasforma in una sorta di reciproco, e cioè di automatismo nel rilascio del beneficio, a meno che non constino elementi di giudizio negativi, esemplarmente dei provvedimenti disciplinari.

5. Ergastolo e permessi premio.

Un ulteriore beneficio che si colloca nella progressione trattamentale dell'ergastolano è il permesso premio. La norma di riferimento è l'art. 30-*ter* ord. pen.; il requisito di merito posto dalla legge è la "regolare condotta"¹², unita all'assenza di pericolosità sociale; la finalità è quella di coltivare interessi affettivi, culturali o di lavoro.

L'art. 30-*ter*, comma 4, lett. d) ord. pen. afferma che i permessi premio (se previsti nel programma di trattamento) possono darsi anche «nei confronti dei condannati all'ergastolo, dopo l'espiazione di almeno dieci anni». Chiaro risulta ora l'effetto della liberazione anticipata sul punto: ad accelerare il raggiungimento della soglia dei dieci anni concorreranno anche gli sconti derivanti dalla liberazione anticipata.

La competenza alla concessione del beneficio appartiene al magistrato di sorveglianza, sentito il direttore (art. 30-*ter*, comma 1 ord. pen.); il provvedimento è reclamabile al Tribunale (art. 30-*ter*, comma 7 ord. pen.), con rinvio al procedimento per i permessi di necessità ai sensi dell'art. 30-*bis* ord. pen.

6. Ergastolo e lavoro esterno.

Altro beneficio è il lavoro esterno *ex* art. 21 ord. pen., che, in considerazione della sua collocazione sistematica, non è classificabile tra le misure alternative, quanto piuttosto tra gli elementi del trattamento, restando peraltro come noto molto apprezzato tra la popolazione detenuta.

Il provvedimento viene disposto dalla direzione del carcere, ma deve essere oggetto di previsione nel programma di trattamento e abbisogna dell'approvazione del magistrato: una vera fattispecie a formazione progressiva.

Sono note, nella prassi, le critiche agli attuali assetti, dovute soprattutto alla scarsità dell'offerta di lavoro (anche interno per la verità) ed alla conseguente necessità di una turnazione dei detenuti¹³.

Per l'ergastolano la norma da considerare è l'art. 21, comma 1 ord. pen., secondo cui «nei confronti dei condannati all'ergastolo l'assegnazione può avvenire dopo l'espiazione di almeno dieci anni», quantità identica a quella già vista per il permesso premio. Anche qui, come nel caso della liberazione anticipata, opererà pertanto in funzione erosiva del limite appena cen-

¹¹ Cfr. Corte Costituzionale, ord. n. 337 del 20 luglio 1995, con cui si dichiara, tra l'altro, la manifesta infondatezza della questione di legittimità dell'art. 50, comma 5 ord. pen., sollevata con riferimento all'ammissione al regime di semilibertà. Nel proprio percorso argomentativo, la Corte ha osservato che se, a taluni fini, la pena dell'ergastolo può assumere i caratteri della temporaneità nel quadro di quelle misure premiali che anticipano il reinserimento del condannato, non è possibile detrarre dalla pena inflitta la misura corrispondente all'indulto, perché, altrimenti, si inciderebbe sulla natura stessa della pena irrogata in sede di cognizione.

¹² Oggetto di definizione ulteriore al comma 8: «la condotta dei condannati si considera regolare quando i soggetti, durante la detenzione, hanno manifestato costante senso di responsabilità e correttezza nel comportamento personale, nelle attività organizzate negli istituti e nelle eventuali attività lavorative o culturali».

¹³ Sul lavoro si vedano le riflessioni del Tavolo 8 ("Lavoro e formazione") degli Stati generali dell'esecuzione penale (consultabili, come detto, sul sito web del Ministero della giustizia).

nato la liberazione anticipata.

7. Ergastolo e semilibertà.

Sempre nell'ottica della progressione trattamentale si colloca poi la semilibertà, la cui disciplina è contenuta agli artt. 48, 50 e 51 ord. pen.: si consente al detenuto di spendere parte della giornata fuori dal carcere per svolgere attività utili al reinserimento sociale, con obbligo di farvi rientro al termine¹⁴.

Il requisito di meritevolezza è scolpito all'art. 50, comma 4 ord. pen.: «l'ammissione al regime di semilibertà è disposta in relazione ai progressi compiuti nel corso del trattamento, quando vi sono le condizioni per un graduale reinserimento del soggetto nella società».

Il successivo art. 50, comma 5 ord. pen. recita: «il condannato all'ergastolo può essere ammesso al regime di semilibertà dopo aver espriato almeno 20 anni di pena». Anche qui, come per i benefici visti in precedenza, il limite di pena — ventennale — subisce le erosioni dovute alla concessione della liberazione anticipata.

Vale la pena di ribadire che il superamento della mera soglia quantitativa non costituisce garanzia di accesso al beneficio per l'ergastolano (come per ogni altro detenuto), essendovi il pregnante requisito di merito relativo ai progressi compiuti; inoltre, il provvedimento che ammette alla semilibertà contiene anche le prescrizioni cui attenersi, che, se inosservate, possono comportare la revoca del beneficio.

8. Ergastolo e liberazione condizionale.

Si viene, infine, alla liberazione condizionale *ex* art. 176 c.p., che è la misura alternativa decisiva — nelle giustificazioni della giurisprudenza, anche costituzionale — per assicurare la conformità dell'ergastolo ai principi della Carta fondamentale e della CEDU.

Ancora in generale, considerati i limiti quantitativi fissati dall'art. 176, comma 1 c.p., in comparazione invece con quelli fissati per l'affidamento in prova e per la detenzione domiciliare, la liberazione condizionale è la misura che ha come destinatari elettivi i condannati a pena detentiva lunga.

Per l'ergastolano, il limite quantitativo è di 26 anni¹⁵, ma su di esso vale la pena di ribadire come ancora una volta operi, abbassandone in misura tutt'altro che simbolica la soglia di accesso, la liberazione anticipata.

In questo settore un primo nodo, valido in realtà non solo per l'ergastolano ma per tutti coloro che desiderino ottenere il beneficio, è quello di dare un significato rigoroso ma non eticheggiante al requisito di merito del "sicuro ravvedimento", che — ora lo si comprende meglio — si colloca alla fine del percorso rieducativo, come suo momento più alto.

Da un lato, è ovvio che «il presupposto del "sicuro ravvedimento" non consiste semplicemente nella ordinaria buona condotta del condannato, necessaria per fruire dei benefici previsti dall'ordinamento penitenziario, ma implica comportamenti positivi dai cui poter desumere l'abbandono delle scelte criminali»¹⁶. Dall'altro quel che si richiede non è una profonda e sotto certi versi insindacabile emenda morale, che appartiene al foro interno ed alla coscienza di ciascuno, ma un cambio nello stile di vita che abbia concrete e positive ricadute sociali.

Sempre in quest'ottica, va interpretato l'altro importante requisito per l'accesso alla liberazione condizionale, consistente nel doveroso "adempimento delle obbligazioni civili derivanti dal reato", salva l'impossibilità (art. 176, comma 4 c.p.). Secondo gli insegnamenti della giurisprudenza, chiamata a dare concretezza alla locuzione, se simile adempimento deve costituire uno snodo fondamentale, è altrettanto evidente che l'indigenza del soggetto (anche in considerazione del fatto che potrebbe trovarsi in carcere da molto tempo) o comunque l'insufficienza del suo patrimonio a far fronte alle conseguenze civili di reati anche gravissimi non può

¹⁴ Ciò che porta giustamente a dubitare della natura realmente alternativa della semilibertà, che si atpeggia forse più propriamente come una diversa modalità di espiazione della pena, un "regime" che non appare distante, dal punto di vista fenomenico o dell'utilizzatore finale (il detenuto), da un provvedimento di autorizzazione al lavoro esterno *ex* art. 21 ord. pen.

¹⁵ Cfr. art. 176, comma 3 c.p., come modificato dalla L. n. 663 del 1986, c.d. Legge Gozzini (in precedenza il limite era di 28 anni).

¹⁶ Cass. pen., sez. I, 25 settembre 2015 n. 486, in *DeJure on line*.

risolversi in un automatico divieto di accesso al beneficio. In questi casi, pertanto, occorrerà muoversi verso forme di riparazione morale, di solito coincidenti con comportamenti positivi a favore delle vittime, dei familiari o della comunità¹⁷.

Il soggetto liberato *sub condicione* vive in una condizione parificabile a quella dell'affidato in prova *ex art. 47 ord. pen.*: la giurisprudenza di legittimità parla espressamente di “una sorta di temporanea e finale messa alla prova”¹⁸. E quindi il condannato libero condizionalmente ha una “carta precettiva”, con le prescrizioni da osservare; inoltre, tecnicamente è sottoposto al regime di libertà vigilata, *ex artt. 177 e 230, n. 2 c.p.*, il che significa che ha una serie di prescrizioni da osservare ed è soggetto a costanti controlli di polizia.

Per il condannato a pena detentiva temporanea, liberato condizionalmente, il periodo in questione dura quanto il periodo di pena residua da espriare; per l'ergastolano invece vi era bisogno di una norma *ad hoc*, che è l'art. 177, comma 2 c.p., che individua il periodo in 5 anni.

Vi è da chiedersi che accada se nel quinquennio di liberazione condizionale l'ergastolano subisca la revoca del beneficio per comportamento immeritevole, contrario alla legge od alle prescrizioni. L'unica risposta non accettabile, alla luce di quanto detto in precedenza sul “*right to hope*”, è che egli torni nuovamente in carcere senza più alcuna possibilità di uscirne. Per questo la Corte costituzionale, con apposito intervento sull'art. 177 c.p., ha chiarito che il condannato alla pena dell'ergastolo, cui sia revocata la liberazione condizionale, può essere nuovamente ammesso alla fruizione del beneficio, ovviamente se ne ricorrono i requisiti¹⁹. Si tratta, all'evidenza, di ipotesi limite, ma importanti in via di principio, per affermare che il diritto alla speranza deve irradiare anche gli angoli più bui del fenomeno esecutivo.

9. Il problema dell'ergastolo ostativo.

Si giunga, infine, al tema dell'ergastolo ostativo e del c.d. “fine pena mai”. L'espressione, andrebbe da subito ribadito, non è propriamente giuridica: non si trova nella legge e non è in uso nemmeno nella giurisprudenza di legittimità. Certamente di origine gergale, essa è utilizzata dall'avvocatura, dall'associazionismo operante nel settore penitenziario e, da ultimo, efficacemente impiegata anche in dottrina²⁰.

La messa a fuoco del concetto deve fare i conti con l'operatività del complesso art. 4-*bis* ord. pen., norma spugna o contenitore²¹, introdotta nel 1992 per attuare una più efficace lotta contro il crimine organizzato, e poi modificata più volte nel corso degli anni, sia dalla Corte costituzionale sia dallo stesso legislatore.

Come noto, l'art. 4-*bis* ord. pen. individua tre gruppi di persone mediante l'elenco dei reati per cui sono state condannate in via definitiva:

- un primo gruppo (commi 1 e 1-*bis*), contenente l'elenco dei reati di maggior gravità, di crimine (variamente) organizzato, ed è appunto quello che qui interessa;
- un secondo gruppo (comma 1-*ter*), contenente l'elenco di reati di una fascia di gravità seria ma inferiore a quelli di cui al precedente gruppo e non necessariamente collegati al crimine organizzato;
- un terzo gruppo (comma 1-*quater*), contenente un elenco di reati commessi dai c.d. *sex offenders*.

I condannati per i reati di maggior gravità, di cui al primo gruppo, possono accedere ai benefici penitenziari di cui vi è un elenco tassativo in apertura (permessi premio, lavoro esterno, misure alternative, ad esclusione della liberazione anticipata) solamente se collaborano con la giustizia. La nozione di collaborazione, rilevante ai fini della norma, è definita legalmente: si

¹⁷ Il passaggio di cui al testo sarebbe propizio per introdurre delle riflessioni sulla giustizia riparativa e sulle sue potenzialità proprio nel caso di commissione di gravi reati. *Ratione materiae*, ci si limita al rinvio, per ogni approfondimento sul tema, al volume di G.A. LODIGIANI - G. MANNOZZI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Giappichelli, Torino, 2017.

Si ricordi inoltre che l'art. 1, comma 85, lett. f) della L. n. 103 del 2017 (c.d. Legge Orlando) conferisce al Governo delega proprio per l'introduzione della giustizia riparativa nella fase di esecuzione penale.

¹⁸ L'espressione si trae da Cass. pen., sez. I, 24 aprile 2007, n. 18022, in *Foro it.*, 2007, 6, II, 329.

¹⁹ Corte Costituzionale, sent. n. 161 del 4 giugno 1997.

²⁰ Per tutti, A. PUGIOTTO, *Come e perché eccipire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo*, in *questa Rivista*, 4/2016, 17; D. GALLIANI e A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in *Rivista AIC*, 4/2017.

²¹ Nel senso che il numero dei reati inseriti nella norma è cresciuto negli anni sino ad assumere proporzioni forse eccessive, avendola il legislatore usata come feticcio per la sedazione delle angosce collettive di fronte ai reati (non necessariamente gravi) di maggior allarme sociale. La stessa sorte tocca all'art. 656, comma 9 c.p.p. in materia di eccezioni alla sospensione dell'ordine di esecuzione per le pene detentive brevi.

fa espresso rinvio all'art. 58-ter ord. pen. che, notoriamente, dà della collaborazione una definizione normativa non facile da porre in essere.

L'art. 4-bis, comma 1-bis ord. pen. contiene poi quella che si chiama fattispecie sostitutiva o vicaria: i condannati in discorso possono comunque accedere ai benefici se non collaborano per causa loro non imputabile (impossibilità della collaborazione o collaborazione oggettivamente irrilevante) e — qui sta il punto — risulta che essi non hanno più legami con il crimine organizzato. Questa è la fattispecie che viene giudicata come oggetto di *probatio* diabolica ed all'origine dei problemi registrati dalla prassi.

Da ciò discende lo stigma di ostatività registrato per i reati in discorso: in assenza della collaborazione (comma 1) o della fattispecie sostitutiva (comma 1-bis), il titolo esecutivo per quel determinato reato osta alla concessione dei benefici (permessi premio, lavoro esterno, misure alternative, ad esclusione della liberazione anticipata).

Analogo divieto si registra per i reati del secondo gruppo (comma 1-ter), solo con un diverso riparto dell'onere della prova, derivante da sfumature linguistiche²², benché sul punto le regole dinamiche comunque consentano alle forze dell'ordine — all'esecutivo — un potere di informazione non di rado decisivo e pregiudicante²³.

È quindi evidente che il sorgere di impedimenti così radicati nella prassi al godimento di benefici abbia portato a circoscrivere con ogni sforzo la fattispecie pregiudicante, originando questioni ben note in giurisprudenza: tra queste, il principio dello scioglimento figurativo del cumulo, che opera quando, in presenza di una condanna a più reati, alcuni ostatici ed altri no, la pena già presofferta od espiata dal condannato possa essere imputata all'erosione totale dei reati ostatici od inquinanti, in modo quindi da consentire al detenuto stesso di presentare istanza per l'ottenimento del beneficio²⁴. Per cui uno dei primi affanni dei condannati è statisticamente sempre quello di sapere con certezza se nel loro cumulo giuridico è presente o meno un reato ostatico.

La situazione critica è quella del soggetto che sia stato condannato per un reato ostatico non ad una pena temporanea ma alla pena dell'ergastolo.

Ora, se questo soggetto riesce a porre in essere gli estremi della collaborazione (art. 4-bis, comma 1 ord. pen.), oppure quelli della fattispecie vicaria (art. 4-bis, comma 1-bis ord. pen.), si aprirà la porta dei benefici, ovviamente nel rispetto dei limiti quantitativi segnalati sopra nonché degli altri presupposti di legge in relazione a ciascun beneficio.

Se il soggetto, invece, non collabora e non riesce nemmeno a dimostrare la causa incolpevole e la rescissione dei contatti con il crimine organizzato, rimane per così dire "inchiodato" al divieto di concessione dei benefici, tra i quali anche la liberazione condizionale, che è quella che, come si è ricordato, serve a rendere "temporaneo" l'ergastolo e a ricondurlo a conformità convenzionale e costituzionale. Questo soggetto si trova quindi ad avere un "fine pena mai", perché non ha accesso a nessun beneficio in generale ed alla liberazione condizionale in particolare.

Ora, in linea di principio, il cittadino comune può essere portato a ritenere la situazione creatasi non problematica sotto il profilo valoriale o addirittura desiderabile: se l'interessato non collabora, è giusto negargli ogni beneficio e, con locuzione quasi "palindroma", se l'ergastolo non cessa di essere perpetuo, ciò dipende dalla mancanza di volontà (collaborativa) dell'interessato.

In realtà, la prassi segnala come la questione sia più complicata di quel che sembra: spesso non si collabora non solo e non tanto perché non si hanno informazioni, ma perché si teme, collaborando, di esporsi a vendette su di sé o, peggio, sui propri congiunti in stato di libertà (ed i sodalizi criminali di cui si discute, nel passato remoto ma anche recente, si sono dimostrati perfettamente in grado di attuare simili vendette) o perché non si vogliono trascinare altre persone, magari solo marginalmente coinvolte, in lunghi guai giudiziari.

Quel che l'attualità registra, pertanto, è un cospicuo movimento di opinione per una rifor-

²² La *vulgata* sul punto è che per i reati del primo gruppo, quelli più gravi, spetti al condannato (qui il carattere diabolico ed invertito della prova) provare la sopravvenuta insussistenza di legami con il crimine organizzato («purché siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata»: art. 4-bis, comma 1-bis ord. pen.); per quelli del secondo gruppo, invece, spetti pur sempre all'autorità provarne l'attualità («purché non vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata»: art. 4-bis, comma 1-ter ord. pen.).

²³ Cfr. art. 4-bis, commi 2 e 2-bis ord. pen.

²⁴ Principio così generalizzato ormai in giurisprudenza che il legislatore si è sentito di doverlo esplicitamente derogare quando così ha ritenuto di dover disporre, come nell'art. 41-bis, comma 2, III° periodo ord. pen.

mulazione dell'attuale assetto²⁵.

In primis si considerino gli stessi Stati generali dell'esecuzione penale (Tavolo 16), che si sono occupati della questione, giungendo alla formulazione di una proposta modificativa, oltre che dell'art. 58-ter ord. pen.²⁶, dello stesso art. 4-bis ord. pen., mediante razionalizzazione delle ipotesi sostitutive della collaborazione, già figuranti al comma 1-bis, ed aggiunta di una nuova di esse, volutamente aperta e generica, volta a «trasformare l'attuale previsione della mancata collaborazione da presunzione ordinariamente assoluta in presunzione relativa, come tale superabile mediante adeguata motivazione da parte del giudice, fermo restando la prova dell'assenza dell'attualità di collegamenti del reo con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva»²⁷.

Mentre la stessa L. n. 103 del 2017 (c.d. Legge Orlando), all'art. 1, comma 85, nel dettare la delega per la riforma organica del sistema penitenziario, alla lett. e) prescrive la «revisione della disciplina di preclusione dei benefici penitenziari per i condannati alla pena dell'ergastolo, salvo che per i casi di eccezionale gravità e pericolosità specificatamente individuati e comunque per le condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale»²⁸.

10. Conclusioni.

L'istituto dell'ergastolo, alla fine della presente rassegna, restituisce una complessiva realtà chiaroscurale.

Il legislatore penale, nell'apprestare la dosimetria sanzionatoria per ciascun reato, che sia proporzionata all'importanza del bene giuridico tutelato e della gravità della sua lesione, sembra non essere ancora pronto per rinunciare a minacciarlo in astratto²⁹ e, conseguentemente, a farlo applicare, in concreto, al termine del giudizio di cognizione.

Il legislatore dell'esecuzione penale, invece, in una sorta di sindrome della tela di Penelope, una volta ricevuto il titolo esecutivo alla pena perpetua, appresta una serie di benefici applicabili e lavora per consentire alla magistratura di sorveglianza, con il decisivo ed ovvio concorso dell'interessato, di coltivare e fortificare quel «diritto alla speranza» che solo è in grado di garantire la conformità della pena massima alla CEDU ed alla Costituzione.

L'ipocrisia insita in questo Giano bifronte legislativo genera nella quotidiana prassi tensioni applicative, alcune delle quali segnalate nel presente lavoro, che andrebbero invece, prima ancora che affrontate, prevenute scegliendo, a livello assiologico, quale delle due prospettive sposare e portare alle ultime conseguenze.

²⁵ Il rinvio è nuovamente ai contributi già citati alla precedente nota 20.

²⁶ L'intento, pur prestandosi a delle perplessità, sarebbe quello di inserire nell'art. 58-ter ord. pen., dedicato alla collaborazione, una norma (comma 1-bis) volta a premiare «coloro che si sono adoperati in concrete condotte riparative in favore delle vittime del reato, dei loro familiari o della comunità civile, generando significativi risultati in termini di ricomposizione dei conflitti, di mediazione sociale e di positivi cambiamenti di vita».

²⁷ Così la Relazione conclusiva del Tavolo 16. La modifica all'art. 4-bis, comma 1-bis ord. pen. suggerita suona in questo modo: «i benefici di cui al comma 1 possono essere concessi ai detenuti o internati per uno dei delitti ivi previsti, salvo che siano stati acquisiti elementi tali da far ritenere sussistenti attuali collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica od eversiva, altresì: a) (omissis); b) (omissis); c) nei casi in cui risulti che la mancata collaborazione non escluda il sussistere dei presupposti, diversi dalla collaborazione medesima, che permettono la concessione dei benefici citati, in specie, ai detenuti o internati che si siano adoperati in concrete condotte riparative a norma dell'art. 58-ter, comma 1-bis» ord. pen.

²⁸ Per altre novità sul fronte del ripensamento della ostatività automatica di certi tipi di reati, cfr. ancora D. GALLIANI e A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove*, cit., *passim*.

²⁹ Sono 41 le fattispecie di reato, contenute nella sola parte speciale del codice penale, che vi fanno ancora riferimento.

Prospettive attuali dell'alternativa al carcere tra emergenza e rieducazione

Present Perspectives of Measures Alternative to Imprisonment Between Emergency and Re-education

CHIARA PERINI

*Professore associato di Diritto penale presso l'Università dell'Insubria
chiara.perini@uninsubria.it*

ALTERNATIVE ALLA DETENZIONE, SOVRAFFOLLAMENTO
CARCERARIO, DEFLAZIONE CARCERARIA, RIEDUCAZIONE
DEL CONDANNATO, IPERTROFIA DELLA LEGISLAZIONE PENALE,
QUERELA, DEPENALIZZAZIONE

ALTERNATIVES TO DETENTION, PRISON OVERCROWDING,
PRISON DEFLATION, OFFENDER RE-EDUCATION,
EXPANSION OF CRIMINAL LAW, PRIVATE PROSECUTION,
DECRIMINALISATION

ABSTRACT

Il tema dell'alternativa al carcere si è imposto continuamente nel dibattito penalistico in rapporto, da un lato, ai problemi sollevati dall'ipertrofia della legislazione penale e, dall'altro lato, dalla crisi del carcere con speciale riguardo alla detenzione breve. Lo si ravvisa pure nell'attuale stagione politico-criminale, nella quale – anche per effetto della condanna riportata nella nota sentenza CEDU 8 giugno 2013, Torreggiani c. Italia – traspare l'intenzione di sfruttare le alternative al carcere in chiave deflativa per contenere il sovraffollamento degli istituti di pena (oltre che, in taluni casi, il carico giudiziario), ponendo in secondo piano le istanze tese a valorizzare la capacità rieducativa di tali misure.

Measures alternative to imprisonment have been continuously examined within criminal law debate in order to solve problems related to, on the one side, hypertrophy of penal legislation and, on the other side, crisis of the imprisonment itself with special regard to short detention. It happens nowadays too, since criminal policies – also because of the ECHR sentence 8th June 2013 against Italy in the case Torreggiani v. Italy – aim to use measures alternative to imprisonment as a tool against prison overcrowding (and sometimes against the overload of the criminal justice system), pushing into the background the demands for improvement of their efficacy in terms of rehabilitation.

SOMMARIO

1. Premessa: la necessità (storica) dell'alternativa al carcere al crocevia di problemi ineludibili. – 2. Alternativa al carcere e ipertrofia del diritto penale. – 3. Alternativa al carcere e crisi del carcere. – 3.1. Il progressivo potenziamento delle alternative in senso stretto: funzioni manifeste e latenti. – 4. Rieducazione ed emergenza nella ricerca attuale di alternative al carcere. – 4.1. L'anelito per il superamento strutturale dell'impostazione carcerocentrica. – 4.2. La bipolarità della sospensione del procedimento con messa alla prova. – 5. Chiusa.

1. Premessa: la necessità (storica) dell'alternativa al carcere al crocevia di problemi ineludibili.

L'espressione "alternativa al carcere" può essere intesa in senso ampio, come risposta sanzionatoria al reato *alternativa*, appunto, rispetto alla pena carceraria e dunque *diversa* da questa per *contenuto* e *struttura*, ma al tempo stesso da essa *dipendente*, in quanto radicata sulla minaccia del carcere formulata dal legislatore in sede di comminazione.

In tal senso l'alternativa al carcere, comprende ma non si esaurisce nelle *misure alternative alla detenzione* in senso stretto¹; sconta dichiaratamente la *dipendenza "categoriale"* dalla pena carceraria, alla quale risulta legata, come è stato osservato, «da inestricabili nessi: di dipendenza storica e di implicazione concettuale»²; e appartiene al novero dei c.d. "surrogati penali" risolvendosi in una misura applicata *in luogo della pena detentiva*³.

Sul piano tipologico, il ventaglio delle alternative al carcere risulta, come noto, assai variegato dal punto di vista sia contenutistico, che strutturale⁴: «Con riguardo ai *contenuti*, si possono individuare misure: a. patrimoniali; b. limitative della libertà individuale; c. impositive di un lavoro di pubblica utilità; d. interdittive; e. simboliche»⁵; «Sotto il profilo della *struttura*, le sanzioni *lato sensu* sostitutive possono articolarsi in quattro differenti modelli: a. sanzioni sospensive; b. sanzioni sostitutive in senso stretto; c. sanzioni alternative; d. sanzioni autonome»⁶.

Il tema dell'alternativa al carcere è divenuto centrale nel dibattito penalistico anche in dimensione storica⁷ e tale è rimasto nell'epoca più recente. Basti ricordare, per circoscrivere l'orizzonte temporale agli ultimi '40 anni, alcune voci autorevoli.

È diventato un vero e proprio *Leitmotiv* il passo del manuale di *Jescheck* (edizione 1972), secondo cui «la pietra angolare di ogni sistema sanzionatorio moderno riposa nei surrogati della pena detentiva»⁸.

Era il 1974, quando *Giorgio Marinucci* riportava – nel saggio *Politica criminale e riforma del diritto penale* – l'«opinione unanime» della scienza penalistica internazionale, per la quale «il compito futuro della politica criminale non risiederà nel miglioramento della pena detentiva, bensì nella sua progressiva eliminazione: ogni privazione della libertà personale in qualunque

¹ E cioè affidamento in prova al servizio sociale, detenzione domiciliare, semilibertà. Cfr. F. DELLA CASA, *Voce Misure alternative alla detenzione*, in *Enc. dir. Annali*, vol. III, Milano, 2010, 831 ss.

² C. E. PALIERO, *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 511. Sul percorso di progressiva "emancipazione" delle alternative rispetto al carcere sia «nei presupposti legittimanti», sia «nella funzione assolta», individuata nella «pura deflazione giudiziaria», cfr. M. CATENACCI, *Tipologie sanzionatorie, comminatorie edittali e misure alternative: lo stato dell'arte*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1152 s. Lontane «dalle finalità special-preventive che le hanno ispirate», le alternative «si mostrano assai più (e sono percepite dalla stessa prassi) come meri "benefici" applicabili a chiunque, a meno che determinati indici di pericolosità sociale del condannato (...) non suggeriscano il ricorso alla segregazione carceraria» (*ivi*, 1155).

³ Cfr. T. PADOVANI, *L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano, 1981, 71, nota 83, che precisa come i "surrogati penali" vadano distinti «dai c.d. "sostitutivi penali" individuati dai positivisti negli strumenti di prevenzione (in senso lato) della criminalità, consistenti in sostanza in una serie di riforme economiche, sociali e giudiziarie volte a rimuovere le "cause sociali" del delitto».

⁴ Il rinvio è alla sistematica di E. DOLCINI – C. E. PALIERO, *Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea*, Milano, 1989, 157 ss. Per una rassegna aggiornata delle classificazioni, cfr. A. BERNARDI, *L'evoluzione in Europa delle alternative alla pena detentiva tra comparazione e impulsi sovranazionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 58 ss.

⁵ E. DOLCINI – C. E. PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, cit., 158.

⁶ E. DOLCINI – C. E. PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, cit., 174. Si noti che gli Autori utilizzano l'espressione "sanzioni sostitutive" in senso lato come sinonimo di misure alternative in generale alla detenzione breve (cfr. *ivi*, 8 ss.), mentre considerano come «sanzioni sostitutive in senso stretto» (...) tutte quelle misure che, in forza di una *clausola generale*, possono surrogare in sede di condanna la pena detentiva quantificata e inflitta dal giudice» (*ivi*, 175).

⁷ Dalla seconda metà dell'Ottocento in poi. Cfr. l'analisi di T. PADOVANI, *L'utopia punitiva*, cit., 41 ss.

⁸ H.-H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrecht. A. T.*, Berlin, 1972, 576.

tipo di stabilimento, anche pensato con la più ampia fantasia rinnovatrice, provoca danni psicologici e sociali così certi da rendere difficile qualunque obiettivo di risocializzazione»⁹. Ma sempre nella stessa occasione, richiamando le risoluzioni dell'ultimo congresso dell'Associazione internazionale di diritto penale (Budapest, 1974), *Marinucci* riconosceva come l'impostazione carcerocentrica del sistema sanzionatorio penale fosse destinata a durare ancora a lungo, dato che – nonostante le critiche – quel consesso auspicava soltanto una progressiva riduzione del campo di applicazione della pena carceraria, ritenuta uno strumento inevitabile per rispondere a certi tipi di criminalità¹⁰.

Era il 1976, quando *Franco Bricola* – nella relazione al IX Convegno Enrico de Nicola dedicato al tema “Pene e misure alternative nell'attuale momento storico” – affermava: «La fuga dalla sanzione detentiva è divenuto ormai il *leitmotiv* di ogni proposta di riforma del sistema sanzionatorio penale. E parallelamente sempre più frequenti si fanno gli appelli al giurista, e alla sua fantasia, per l'individuazione di nuovi modelli sanzionatori o di misure alternative alla pena detentiva»¹¹.

Complessivamente il tema dell'alternativa al carcere si è posto in relazione ad alcuni interrogativi cruciali del sistema penale. Da un lato, la spinta verso soluzioni diverse dal carcere è stata motivata dagli esiti inflattivi e spesso irrazionali del processo di criminalizzazione primaria, ossia dalla proliferazione talora incontrollata, sull'onda dei condizionamenti dettati da ragioni di *opportunità politica*, del novero delle fattispecie di reato¹². Dall'altro lato, la ricerca di misure surrogatorie è dipesa dalla presa di coscienza della strutturale inidoneità del carcere a contribuire a un percorso di risocializzazione del condannato, unita alla «constatazione dell'impossibilità di riformare il carcere»¹³.

2.

Alternativa al carcere e ipertrofia del diritto penale.

Sul primo versante, il tema delle alternative al carcere si collega dunque all'esigenza di ridefinire i “giusti” contorni del penalmente rilevante nel recupero del principio del diritto penale quale *extrema ratio*. Come ricordava *Marinucci*, è a partire dal «movimento internazionale di riforma del diritto penale», filtrato in Italia nell'ultimo quarto del secolo scorso¹⁴ (ossia nello stesso periodo in cui matura ai più alti livelli della dottrina il dibattito sull'alternativa al carcere), che il canone illuministico è stato aggiornato nel senso che «il diritto penale è l'*extrema ratio della politica sociale*» e «la politica sociale è la migliore politica criminale»¹⁵.

Tra l'altro, in un sistema penale inflazionato e caratterizzato da cornici edittali incentrate quasi esclusivamente sulla pena carceraria, il rischio è che la c.d. “fuga dalla sanzione” (*formalmente prevista*) sia attuata discrezionalmente dalla giurisprudenza, per rispondere alla necessità di adeguare la reazione penale al modesto disvalore sociale del fatto¹⁶. Ciò viene spesso attuato tramite un'applicazione in chiave de-carcerizzante di istituti che perseguono altre finalità (*in primis*, finalità rieducative)¹⁷ con effetti negativi sia sulla *coerenza interna*, sia sulla *credibilità* (e dunque sulla capacità di assolvere alle funzioni di prevenzione generale e speciale) del sistema sanzionatorio penale.

Non è infrequente, pertanto, nella storia recente del diritto penale italiano, che innovazioni nel campo dell'alternativa al carcere siano state abbinate a provvedimenti di depenalizzazione o decriminalizzazione.

⁹ G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus. Rivista di scienze giuridiche*, 1974, 486.

¹⁰ Per una conferma dell'impostazione carcerocentrica del sistema penale italiano nell'attualità, cfr. F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture. (A proposito della legge n. 67/2014)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1702, 1710.

¹¹ F. BRICOLA, *Le misure alternative alla pena nel quadro di una «nuova» politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, 33 ss.; qui consultato in *Id.*, *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo II, Milano, 1997, 1147 s.

¹² Sulla genesi dell'inflazione penalistica, cfr. C. E. PALIERO, «Minima non curat praetor». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, 3 ss.

¹³ F. BRICOLA, *Le misure alternative alla pena nel quadro di una «nuova» politica criminale*, cit., 1149.

¹⁴ G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, cit., 471 ss.

¹⁵ G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, cit., 477.

¹⁶ F. BRICOLA, *Le misure alternative alla pena nel quadro di una «nuova» politica criminale*, cit., 1149.

¹⁷ Come nel caso dell'affidamento in prova al servizio sociale. Cfr. F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, cit., 1702, che evidenzia come il sistema sanzionatorio penale si dibatta tra il problema del sovraffollamento carcerario e «la percezione di una complessiva ineffettività della pena, almeno per alcune non marginali fasce di criminalità. (...) la contraddizione (...) germina (...) da una impostazione pervicacemente carcerocentrica del sistema la quale, producendo sovraffollamento, comporta una costante torsione in senso decarcerizzante degli istituti originariamente concepiti in chiave rieducativa».

Ciò è accaduto con la l. 24 novembre 1981 n. 689, che – come noto – ha introdotto le *sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi* nel contesto di un'opera di complessiva riduzione del penalmente rilevante attuata con un intervento di depenalizzazione¹⁸. Peraltro, la l. n. 689/1981 perseguiva l'obiettivo deflativo anche attraverso un'estensione della perseguibilità a querela ad alcune ipotesi di criminalità contro la persona e contro il patrimonio individuale¹⁹.

Più di recente si è proceduto analogamente con la l. 28 aprile 2014 n. 67, che ha disposto l'immediata estensione agli adulti della *sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato* (art. 168-bis ss. c.p.), istituto che può essere considerato una "alternativa al carcere" in base alla tipologia sopra richiamata; e al contempo ha previsto alcune deleghe funzionali alla riforma in chiave *non carceraria* del catalogo delle *pene principali*; al «potenziamento di strumenti di *deflazione processuale*, quali l'irrelevanza del fatto»²⁰ per particolare tenuità; nonché alla *depenalizzazione* di reati²¹.

Anche se al di fuori di un disegno orientato alla depenalizzazione o alla decriminalizzazione, l'impiego di alternative al carcere associato ad un intento deflazionistico si rintraccia anche nel d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274, che ha istituito la competenza penale del giudice di pace. Per un verso, il catalogo delle sanzioni applicabili dal giudice di pace è integralmente *alternativo* al carcere, dato che comprende esclusivamente la *pena pecuniaria*, la *permanenza domiciliare* e il *lavoro di pubblica utilità*; per altro verso, una larga parte delle fattispecie di reato assegnate alla competenza del giudice di pace è costituita da reati perseguibili a querela, con la conseguenza che l'avvio del procedimento penale è nella disponibilità della persona offesa²².

Infine, merita di essere menzionata la recente l. 23 giugno 2017 n. 103 (*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario*), nota come "riforma Orlando", che pare coniugare impostazione carcerocentrica, istanze deflative e favore per le alternative alla pena carceraria, evidentemente concepite in senso funzionale alla "tenuta" del sistema (con riferimento in particolare alle presenze in carcere), più che per il contributo alla rieducazione del condannato che esse sono in grado di apportare.

Tale provvedimento, infatti, da un lato, torna ad applicare ancora una volta «il paradigma dominante», ossia il c.d. «*more of the same*»: «*più carcere e più clemenzialismo*»²³, inteso quest'ultimo come *relé* funzionale alla stabilità complessiva del settore e veicolato o dalla "fuga informale dalla sanzione" attuata, come detto, su basi prasseologiche, o dal ciclico ricorso a provvedimenti generali di clemenza, come amnistia e indulto²⁴. Il riferimento è, nella l. n. 103/2017, alle norme che dispongono l'inasprimento della pene carcerarie comminate – oltre che per lo scambio elettorale politico-mafioso (art. 416-ter c.p.) – per i reati classicamente rappresentativi della *criminalità comune*, in grado di destare particolare *allarme sociale*, come il furto in abitazione (art. 624-bis c.p.), il furto aggravato (art. 625 c.p.), la rapina (art. 628 c.p.), l'estorsione (art. 629 c.p.)²⁵.

Dall'altro lato, si batte nuovamente, in senso deflativo, la via dell'estensione della procedibilità a querela: la l. n. 103/2017 contiene infatti la delega «per la modifica della disciplina del regime di procedibilità per taluni reati» ed enuncia come principi e criteri direttivi l'introduzione *generalizzata* della «procedibilità a querela per i reati contro la persona» che rientrano in

¹⁸ Cfr. rispettivamente C. E. PALIERO, in E. Dolcini – A. Giarda – F. Mucciarelli – C. E. Paliero – E. Riva Crugnola, *Commentario delle «Modifiche al sistema penale» (Legge 24 novembre 1981 n. 689)*, Milano, 1982, sub artt. 53-76, 277 ss., e F. MUCCIARELLI, *ivi*, sub artt. 32-39, 183 ss.

¹⁹ Cfr. F. MUCCIARELLI, in E. Dolcini – A. Giarda – F. Mucciarelli – C. E. Paliero – E. Riva Crugnola, *Commentario delle «Modifiche al sistema penale»*, cit., sub artt. 86-99, 423 ss.

²⁰ A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale. I decreti legge del 2013 e la sentenza della Corte cost. n. 32/2014*, Torino, 2014, 6.

²¹ Come noto, mentre la delega volta alla riforma del catalogo delle pene principali non è stata esercitata, con il d.lgs. 16 marzo 2015 n. 28 è stato introdotto nel Codice penale l'art. 131-bis c.p. (*Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*), mentre l'opera di riduzione del penalmente rilevante è stata attuata con i d.lgs. nn. 7 e 8 del 15 gennaio 2016 (rubricati rispettivamente *Disposizioni in materia di abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili e Disposizioni in materia di depenalizzazione*).

²² Cfr. G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003, 321 ss.

²³ C. E. PALIERO, *Metodologie de lege ferenda*, cit., 538, «perché queste sono le uniche due 'ricette' veramente sperimentate, 'automatizzate' dal sistema, che il sistema è perciò in grado di realizzare quasi istintivamente. Il che, per converso, significa *meno razionalità*: id est, *meno effettività e meno garanzia*».

²⁴ Una «*clemenza extra ordinem* come mezzo per ridurre la popolazione carceraria in una situazione di sovrappopolazione crescente (...) a costo però di spezzare un principio fondamentale di giustizia, l'uguaglianza di tutti di fronte alla legge, e di indebolire l'efficacia deterrente della legge penale» – D. PULITANO, «*Seduzioni e costi della clemenza*», in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1061, anche per un riepilogo dei diversi provvedimenti di concessione di amnistia e indulto nella storia della Repubblica Italiana.

²⁵ Cfr. art. 1 c. 6-9 l. n. 103/2017.

determinati limiti edittali²⁶, nonché per i reati contro il patrimonio previsti dal codice penale, salva in ogni caso la procedibilità d'ufficio» al ricorrere di talune condizioni specificamente indicate²⁷.

Dall'altro lato ancora, la novella contiene la delega «per la riforma dell'ordinamento penitenziario»²⁸, enunciando, tra l'altro, principi e criteri direttivi funzionali ad un ampliamento delle possibilità di fruizione di alternative al carcere (nella specie, delle misure alternative alla detenzione in senso stretto)²⁹.

3.

Alternativa al carcere e crisi del carcere.

Sul secondo versante, la ricerca di soluzioni alternative al carcere ha preso le mosse a partire dalle ipotesi nelle quali la disfunzionalità della pena carceraria rispetto al progetto rieducativo emerge con particolare nitore, ossia quando il carcere interviene come risposta sanzionatoria rispetto a reati di scarso disvalore penale (ed è dunque una sanzione detentiva contenuta nella durata).

Si apre così il capitolo della legittimità (*ex art. 27 c. 3 Cost.*) della *pena detentiva breve*, per il cui superamento – attraverso l'individuazione di opportuni surrogati – si sono pronunciati sia quanti intravedevano in ciò il primo passo per una «graduale soppressione del carcere» in sé considerato, sia quanti, confermando la propria fiducia in tale sanzione, ritenevano che l'effetto deflativo sul numero dei reclusi operato dalle alternative alla detenzione breve determinasse un recupero di funzionalità del carcere stesso³⁰.

Rispetto alla *pena detentiva breve* la ricerca di alternative ha origini risalenti ed è motivata dalla dannosità – comprovata sul piano criminologico – di tale risposta sanzionatoria: in simili ipotesi, come noto, la permanenza in carcere non solo non rieduca, ma risulta anzi criminogena³¹: «Nella prospettiva della prevenzione speciale risocializzatrice, una prospettiva obbligata nel nostro sistema, le pene detentive brevi sono perciò non già una risposta razionale alle cause dell'illecito, bensì esse stesse un contributo al recidivismo ed insieme un fattore di aggravamento, anzi il fattore di aggravamento per eccellenza della crisi del sistema carcerario»³²; al punto che «il problema dei “sostitutivi” delle pene detentive brevi è oggi, dappertutto, il problema capitale della riforma del sistema sanzionatorio»³³.

La disfunzionalità della pena detentiva breve, derivante dalla *cesura con la vita sociale* che essa determina per il condannato e dalle *influenze criminogene* a cui essa lo espone (effetti, in verità, non dissimili nella sostanza da quelli prodotti dalla custodia cautelare in carcere), si avvicina alla dannosità della pena detentiva *non breve*. Ma, proprio in ragione della durata troppo contenuta per impostare un qualsiasi percorso trattamentale, la pena detentiva breve aggiunge a ciò una «strutturale inidoneità rieducativa» con la «conseguente inutilità»³⁴ e, in definitiva, illegittimità costituzionale della sua applicazione.

Dal punto di vista delle presenze nelle carceri, la dottrina segnalava peraltro che «i condan-

²⁶ Si tratta nello specifico dei reati «puniti con la sola pena edittale pecuniaria o con la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria, fatta eccezione per il delitto di cui all'articolo 610 del codice penale» (art. 1 c. 16 lett. a) l. n. 103/2017).

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Art. 1 c. 82 l. n. 103/2017.

²⁹ Cfr. art. 1 c. 85 l. n. 103/2017, al cui interno meritano di essere segnalati i seguenti principi e criteri direttivi: «b) revisione delle modalità e dei presupposti di accesso alle misure alternative, sia con riferimento ai presupposti soggettivi sia con riferimento ai limiti di pena, al fine di facilitare il ricorso alle stesse, salvo che per i casi di eccezionale gravità e pericolosità e in particolare per le condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale; c) revisione della disciplina concernente le procedure di accesso alle misure alternative, prevedendo che il limite di pena che impone la sospensione dell'ordine di esecuzione sia fissato in ogni caso a quattro anni».

³⁰ F. BRICOLA, *Le misure alternative alla pena nel quadro di una «nuova» politica criminale*, cit., 1149.

³¹ Cfr. G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, cit., 488: «Il condannato a pena detentiva breve resta infatti in carcere troppo poco per poter partecipare anche a un ipotetico programma di risocializzazione, ma vi resta abbastanza per veder troncati i suoi legami con la vita sociale ed essere sottoposto ad influenze criminogene rovinose». Cfr. in prospettiva storica anche T. PADOVANI, *L'utopia punitiva*, cit., 44 s.; ID., *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 420 s.

³² G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, cit., 488.

³³ *Ibidem*. Storicamente «la sospensione condizionale della pena, che risale al 1904, e il perdono giudiziale per i minori, inserito nel codice del 1931, furono dichiaratamente un tentativo di soluzione di quel problema» (*ivi*, 489). Analogamente, cfr. ID., *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 160 s.

³⁴ Cfr. T. PADOVANI, *L'utopia punitiva*, cit., 48.

nati a pene brevi rappresentano [nel 1974] la *maggioranza della nostra popolazione carceraria*³⁵: con riferimento al periodo 1977-1985, si osservava che, pur in presenza di uno scarto considerevole tra le pene brevi inflitte e le pene brevi eseguite (molto più contenute), «*le pene detentive brevi effettivamente eseguite conservano nel nostro ordinamento dimensioni assai cospicue, lontane da quelle rilevate in sistemi giuridici prossimi al nostro (un'analoga osservazione si è formulata (...) rispetto alle pene brevi inflitte)*»³⁶. Nello scenario attuale, si rileva che «il 56,2 % dei detenuti condannati in via definitiva deve scontare una pena breve facilmente sostituibile con una misura diversa dal carcere»³⁷ e, nello specifico, i detenuti con pene inferiori a un anno o a tre anni erano rispettivamente nel 2015 il 5,3 % e il 23,7 % del totale³⁸.

È bene segnalare che l'analisi condotta dalla dottrina penalistica, anche in prospettiva storica, ha evidenziato che la disfunzionalità della detenzione breve prescinde dal regime di esecuzione della stessa³⁹; di qui la necessità di ovviare attraverso misure *alternative* ad essa.

3.1. *Il progressivo potenziamento delle alternative in senso stretto: funzioni manifeste e latenti.*

«l'unica riforma possibile può andare solo nel senso della restrizione del campo di applicazione delle pene di breve durata destinate alla criminalità medio-piccola, introducendo sanzioni alternative e sostitutive, meno desocializzanti, ma non meno efficaci delle pene detentive brevi»⁴⁰.

Nel panorama delle alternative alla detenzione breve, meritano menzione ovviamente le sanzioni sostitutive in senso stretto introdotte dalla l. n. 689/1981: «misure non clemenziali, ma ad ogni effetto sanzionatorie»⁴¹, essendo caratterizzate da contenuto afflittivo, funzionali più che al «reinsediamento sociale del condannato» (al di là della lettera dell'art. 58 l. n. 689/81) alla sua non-desocializzazione con un effetto (minimo), al tempo stesso, di intimidazione apprezzabile in senso specialpreventivo⁴². Anche le sanzioni applicabili dal giudice di pace – interamente alternative al carcere – possono essere considerate come parte del percorso di minimizzazione dell'impiego di pene detentive brevi. Ma sono fondamentalmente l'affidamento in prova ai servizi sociali e la detenzione domiciliare gli istituti più sfruttati come surrogati

³⁵ G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, cit., 488. Ed il dato è confermato anche in prospettiva storica, cfr. T. PADOVANI, *L'utopia punitiva*, cit., 46.

³⁶ E. DOLCINI – C. E. PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, cit., 196.

³⁷ Associazione Antigone, *Antigone nelle carceri italiane. Pre-Rapporto 2016 sulle condizioni di detenzione*, reperibile in <http://www.antigone.it/news/antigone-news/2972-i-detenuti-hanno-ricominciato-a-crescere-il-pre-rapporto-2016-di-antigone>, 3.

³⁸ Cfr. il XIII Rapporto sulle condizioni di detenzione redatto a cura dell'Associazione Antigone e intitolato *Torna il carcere*, maggio 2017, reperibile in <http://www.antigone.it/tredicesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/>. Per un affresco quantitativo dell'area coperta dalle alternative al carcere, cfr. altresì M. CATENACCI, *Tipologie sanzionatorie, comminatorie edittali e misure alternative*, cit., 1153 s.; E. DOLCINI, *Pene detentive, pene pecuniarie, pene limitative della libertà personale: uno sguardo sulla prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 103 ss. V. anche *infra* nota 66.

³⁹ Cfr. T. PADOVANI, *L'utopia punitiva*, cit., 49.

⁴⁰ G. MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, cit., 161. Per un richiamo alla dimensione funzionale (generalpreventiva e specialpreventiva) anche delle alternative alla detenzione, cfr. A. BERNARDI, *Il progetto di ricerca "Prison Overcrowding and Alternatives to detention": contesto e linee programmatiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1748.

⁴¹ Cfr. E. DOLCINI – C. E. PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, cit., 207.

⁴² Cfr. T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio*, cit., 429 s., per il quale tuttavia «le sanzioni sostitutive dovrebbero rappresentare la risposta elettiva alla criminalità minore recidivante, rispetto alla quale il ricorso alla pena detentiva continui ad apparire sproporzionato e inadeguato» (*ivi*, 430). Segnala lo scarso ricorso a tale tipologia sanzionatoria nell'attualità M. CATENACCI, *Tipologie sanzionatorie, comminatorie edittali e misure alternative*, cit., 1156 s.

del carcere⁴³.

Come noto, inizialmente l'affidamento in prova al servizio sociale, applicabile solo rispetto a pene detentive inflitte non superiori a tre anni (art. 47 c. 1 ord. penit.)⁴⁴, non si presentava come un'alternativa *integrale* alla detenzione breve, perché richiedeva l'ingresso in carcere «per almeno un mese», allo scopo di procedere alla «osservazione della personalità» del condannato, necessaria per la concessione della misura (art. 47 c. 2 ord. penit.). Successivamente, correggendo questa impostazione – che evidentemente non eliminava il germe di *disfunzionalità* insito nella carcerazione breve – la l. 27 maggio 1998 n. 165 (c.d. “Legge Simeone”) ha disposto che la misura può essere adottata «senza procedere all'osservazione in istituto quando il condannato, dopo la commissione del reato, ha serbato un comportamento tale da consentire» di ritenere che l'affidamento «contribuisca alla rieducazione del reo e assicuri la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati» (art. 47 c. 3 ord. penit.)⁴⁵.

La fruibilità della misura in questione è stata potenziata significativamente dalla decretazione d'urgenza seguita alla sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia, con la quale – come noto – lo Stato italiano è stato condannato per violazione dell'art. 3 CEDU e, in particolare, per non aver rispettato il divieto di «trattamenti inumani o degradanti», ritenuti nella specie inflitti ad alcuni detenuti a causa delle condizioni di sovraffollamento carcerario che non garantivano al singolo il necessario spazio vitale⁴⁶.

Alla luce delle novelle apportate, l'affidamento in prova al servizio sociale può essere ora concesso pure al «condannato che deve espriare una pena, anche residua, non superiore a quattro anni di detenzione, quando abbia serbato, quantomeno nell'anno precedente alla presentazione della richiesta, trascorso in espiazione di pena, in esecuzione di una misura cautelare ovvero in libertà, un comportamento tale da consentire»⁴⁷ di ritenere che la misura «contribuisca alla rieducazione del reo e assicuri la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati» (art. 47 c. 2 ord. penit.). Inoltre, all'affidamento in prova al servizio sociale il condannato può essere ora ammesso in via provvisoria dal Magistrato di Sorveglianza «dopo che ha avuto inizio l'esecuzione della pena», «quando sussiste un grave pregiudizio derivante dallo stato di detenzione». In tal caso, la misura è accordata «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»⁴⁸.

Dal punto di vista funzionale, l'affidamento in prova al servizio sociale evita gli effetti negativi connessi ad una pena carceraria di breve durata e, grazie al corredo di prescrizioni che lo accompagnano, rappresenta un'occasione per impostare un percorso risocializzante individualizzato. Quando interviene dopo l'inizio dell'esecuzione della pena, la misura perde però la natura di alternativa *integrale* alla detenzione breve e, soprattutto nel caso dell'applicazione

⁴³ Mentre la semilibertà (art. 48 ord. penit.), anch'essa formalmente ricompresa tra le misure alternative alla detenzione, «più che una reale alternativa alla detenzione, è una speciale modalità di esecuzione della pena detentiva» (F. BRICOLA, *L'affidamento in prova al servizio sociale: «fiore all'occhiello» della riforma penitenziaria*, in *Quest. Crim.*, 1976, 373 ss.; qui consultato in ID., *Scritti di diritto penale*, cit., 1105).

Impropriamente, invece, risulta inquadrata dalla stessa sistemática della legge di ordinamento penitenziario tra le misure alternative alla detenzione la *liberazione anticipata* (art. 54 ord. penit.), che – risolvendosi in una detrazione di 45 giorni per ogni semestre di pena detentiva scontata (arresto, reclusione, ergastolo) a favore del condannato che abbia «dato prova di partecipazione all'opera di rieducazione» – non è affatto alternativa alla detenzione, ma si inserisce all'evidenza nell'espiazione di una pena detentiva anche non breve (benché ovviamente concorra ad abbreviare i tempi previsti dalla legge per poter accedere a vere e proprie alternative alla detenzione). Cfr. F. DELLA CASA, *Voce Misure alternative alla detenzione*, cit., 823, 853 ss.

Proprio sulla disciplina della liberazione anticipata ha inciso con finalità di deflazione carceraria il legislatore, sull'onda dell'emergenza determinata dalla sentenza della Corte EDU sul caso Torreggiani (v. *infra* nel testo), sia per incrementare a 75 giorni per semestre la detrazione per un periodo transitorio di due anni (cfr. art. 4 d.l. 23 dicembre 2013 n. 146 conv. in l. 21 febbraio 2014 n. 10) (c.d. liberazione anticipata speciale); sia per modificare (stabilmente) l'art. 656 c.p.p. nel senso di applicare l'eventuale liberazione anticipata maturata (e riconosciuta dal Magistrato di Sorveglianza) prima dell'emissione dell'ordine di esecuzione della pena detentiva (comma 4-*bis* inserito da d.l. 1° luglio 2013 n. 78 conv. in l. 9 agosto 2013 n. 94).

⁴⁴ In senso critico rispetto a tale campo di applicazione, esteso in confronto alla previsione originaria che si riferiva a pene al massimo di due anni e sei mesi di pena detentiva, cfr. G. MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, cit., 162 ss.

⁴⁵ Cfr. E. DOLCINI, *Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 857 ss. In precedenza, con riferimento alla sentenza della Corte cost. 22 dicembre 1989 n. 569, cfr. T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio*, cit., 425 s., nota 13.

⁴⁶ In base alla giurisprudenza della Corte EDU, la disponibilità di uno spazio inferiore a 3 mq per detenuto in cella collettiva integra di per sé una violazione dell'art. 3 CEDU. Cfr. G. ILLUMINATI, *Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1133, nota 2; G. MANNOZZI, *Diritti dichiarati e diritti violati: teoria e prassi della sanzione penale al cospetto della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in V. MANES – V. Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, 366 ss.; 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, par. 2.

⁴⁷ Art. 47 c. 3-*bis* ord. penit. introdotto dal d.l. n. 146/2013 conv. in l. n. 10/2014.

⁴⁸ Art. 47 c. 4 ord. penit. come modificato dal d.l. n. 146/2013 conv. in l. n. 10/2014.

provvisoria da parte del Magistrato di Sorveglianza, che mette in libertà il detenuto, l'affidamento diventa *in primis* uno strumento di reazione alla "crisi del carcere" in quanto tale, con un intento evidente di deflazione carceraria⁴⁹.

Un secondo strumento ampiamente sfruttato come alternativa alla pena carceraria di breve durata è poi la detenzione domiciliare (art. 47-ter ord. penit.), inserita nell'ordinamento penitenziario dalla l. 10 ottobre 1986 n. 663 (c.d. "Legge Gozzini"). La misura prevede, come noto, che il condannato debba espiare la pena detentiva presso la propria abitazione (o luogo assimilato), senza potersi allontanare se non nella fascia oraria prestabilita e per attendere ad «indispensabili esigenze di vita» o comunque nel rispetto delle prescrizioni imposte dal Tribunale di Sorveglianza.

Dopo la prima introduzione, il legislatore italiano ha progressivamente implementato il modello in diverse direzioni, creando un vero e proprio ventaglio di forme di "detenzione domiciliare".

La fortuna della misura sembra dipendere dalla capacità di assicurare – almeno *simbolicamente*, tenuto conto della acclarata sporadicità delle verifiche da parte delle forze di polizia⁵⁰ – un controllo sulla persona del condannato grazie alla limitazione, appunto, della sua libertà individuale. Ciò consente di prendere in considerazione la detenzione domiciliare anche come alternativa a pene carcerarie non brevi, per venir incontro a istanze di tipo umanitario o comunque connesse alla particolare situazione di vita, di salute o all'età del condannato, caratteristiche che per tale reo esalterebbero la dannosità del carcere⁵¹.

Sul piano funzionale, la detenzione domiciliare, pur ovviando agli effetti negativi connessi alla permanenza in carcere, appare, allo stato, meno connotata in senso rieducativo rispetto all'affidamento in prova ai servizi sociali⁵². Essa è stata inoltre criticata – in mancanza di un sistema pubblico in grado di sopperire efficacemente ad eventuali mancanze – perché, presupponendo la disponibilità di un domicilio da parte del reo, rischia di privilegiare i condannati dotati di "capitale sociale"⁵³, acuendo il carattere selettivo proprio del carcere (in danno dei più svantaggiati)⁵⁴.

Analogamente a quanto accaduto per l'affidamento in prova al servizio sociale, anche la misura alternativa della detenzione domiciliare è stata coinvolta, sulla scia dell'emergenza determinata dalle condizioni strutturali di sovraffollamento del sistema carcerario italiano (in ultimo cristallizzate nella richiamata sentenza Torreggiani), da un processo di trasformazione divenendo uno strumento di reazione immediata alla "crisi del carcere" in sé, con un intento evidente – anche in questo caso – di deflazione carceraria. Con la l. 26 novembre 2010 n. 199 (c.d. "Legge svuota-carceri") è stato infatti introdotto l'istituto dell'esecuzione della pena detentiva presso il domicilio per le pene (anche residue) non superiori a 12 mesi, limite poi innalzato a 18 mesi⁵⁵; l'istituto, inizialmente previsto come temporaneo, è stato reso definitivo nel 2013⁵⁶, ossia dopo la sentenza della Corte EDU sul caso Torreggiani⁵⁷.

Rispetto all'esigenza di garantire effettività alle misure alternative alla detenzione breve, in modo che la rinuncia alla detenzione non si trasformi in una rinuncia alla pena *tout court*, merita di essere segnalato che la già citata l. n. 103/2017, sempre con riferimento alla delega «per la riforma dell'ordinamento penitenziario» (art. 1 c. 82), enuncia come principi e criteri

⁴⁹ Funzione peraltro già registrata all'inizio di questo secolo da G. MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, cit., 168, 172 s.

⁵⁰ Cfr. E. DOLCINI, *La pena in Italia, oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in E. Dolcini – C. E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano, 2006, 1102.

⁵¹ Si pensi alla detenzione domiciliare come forma di rinvio dell'esecuzione della pena detentiva *ex art.* 146 e 147 c.p. ai sensi dell'art. 47-ter c. 1-ter ord. penit.; o alla detenzione domiciliare per il condannato ultrasettantenne (art. 47-ter c. 01 ord. penit.) o minore di anni ventuno (art. 47-ter c. 1 ord. penit.).

⁵² Cfr. L. EUSEBI, *La riforma ineludibile del sistema sanzionatorio penale*, cit., 1323.

⁵³ Cfr. M. PAVARINI, *Governare la penalità. Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*, Bologna, 2013, 9.

⁵⁴ In merito al carattere selettivo del carcere in Italia, cfr. da ultimo E. DOLCINI, *La "questione penitenziaria", nella prospettiva del penalista: un provvisorio bilancio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1668 ss.; G. GIOSTRA, *Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale*, in www.questionegiustizia.it, 27 giugno 2014, par. 6.

⁵⁵ Per effetto del d.l. 22 dicembre 2011 n. 211 conv. in l. 17 febbraio 2012 n. 9.

⁵⁶ Per effetto del d.l. n. 146/2013 conv. in l. n. 10/2014.

⁵⁷ Circa l'impatto deflativo delle nuove ipotesi di detenzione domiciliare, cfr. Associazione Antigone, *Antigone nelle carceri italiane*, cit., 3, secondo cui i dati evidenziano che, mentre la quota di chi accede alle misure alternative alla detenzione tende a restare sostanzialmente stabile, il meccanismo delineato dalla l. n. 199/2010 consente effettivamente di erodere la popolazione presente nelle carceri. La ragione può risiedere nel fatto che la «esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori a diciotto mesi» ai sensi della l. n. 199/2010 «non incontra preclusioni nella *recidiva reiterata*» (S. TURCHETTI, *Legge 'svuotacarceri' e esecuzione della pena presso il domicilio: ancora una variazione sul tema della detenzione domiciliare?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1793).

direttivi, tra l'altro, la «d) (...) previsione di misure per rendere più efficace il sistema dei controlli» e la «f) previsione di attività di giustizia riparativa e delle relative procedure, quali momenti qualificanti del percorso di recupero sociale sia in ambito intramurario sia nell'esecuzione delle misure alternative», con ciò evidentemente arricchendo la valenza rieducativa anche di queste ultime.

4. Rieducazione ed emergenza nella ricerca attuale di alternative al carcere.

La ricorrenza dell'alternativa al carcere come tema cruciale del dibattito penalistico merita di per sé attenzione. Nello stesso riproporsi della ricerca di un surrogato alla pena detentiva, in senso trasversale a stagioni politico-criminali diverse, si può infatti rintracciare la compresenza (talora dialettica) tra le ragioni dell'emergenza e le ragioni della rieducazione.

Queste ultime inducono a rintracciare – in forza di spinte anche ideali – un'alternativa al carcere, in quanto vedono in essa uno strumento migliore della reclusione per averare il finalismo rieducativo della pena. Simili istanze prendono in carico dunque una *crisi funzionale* del carcere, che si manifesta nell'incapacità di averare, nello specifico, il finalismo rieducativo scolpito dall'art. 27 c. 3 Cost. come fine proprio della pena⁵⁸.

Chiaramente la crisi del carcere sul piano funzionale dovrebbe costituire in sé un'emergenza per il legislatore penale, fotografando una pena solo costosa e priva di benefici individuali e sociali; una pena che genera appunto un esito *costituzionalmente inaccettabile* tenuto conto dell'art. 27 c. 3 Cost.⁵⁹. Tuttavia, il riferimento qui alle "ragioni dell'emergenza" allude a qualcosa di diverso, ossia all'insieme di istanze politico-criminali che perseguono l'obiettivo *tecnocratico* di preservare la *governabilità* del carcere: in tal senso, l'alternativa al carcere può essere considerata come uno strumento per ripristinare tale condizione, contingentemente messa in crisi dai più diversi fattori (*in primis* il sovraffollamento).

Nel dibattito politico-criminale degli ultimi anni, la compresenza dialettica di rieducazione ed emergenza nella ricerca di alternative al carcere è particolarmente evidente. Da un lato, le ragioni della rieducazione si possono cogliere nella delega – come noto, non esercitata – «in materia di pene detentive non carcerarie», contenuta nell'art. 1 l. 28 aprile 2014 n. 67: la previsione della «reclusione domiciliare» e dell'«arresto domiciliare» tra le pene principali avrebbe consentito di superare *strutturalmente* la tradizionale impostazione carcerocentrica del sistema⁶⁰. Dall'altro lato, l'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato, introdotto direttamente dalla l. n. 67/2014, pur orientato (soprattutto potenzialmente) in senso rieducativo, appare influenzato anche da istanze emergenziali, come sopra intese⁶¹.

4.1. L'anelito per il superamento strutturale dell'impostazione carcerocentrica.

Le linee di riforma del sistema sanzionatorio penale, tracciate dalla l. n. 67/2014, sono state – come noto – preparate dal lavoro della Commissione istituita dal Ministro della Giustizia

⁵⁸ Cfr. altresì C. E. PALIERO, *L'esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale: conferme e aspettative*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli – Roma, 2006, 168, che «registra il maggior contributo della giurisprudenza costituzionale» nella «tendenziale estensione alla fase esecutiva dell'espressione "personale" (...) che accompagna la locuzione *responsabilità penale* al primo comma dell'art. 27 Cost.: la vicenda esecutiva (...) deve essere connotata da unicità e irripetibilità». Sul rilievo, in prospettiva storica, dell'«idea dell'individualizzazione sanzionatoria» come «volano dei passaggi» evolutivi della pena detentiva, cfr. T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio*, cit., 421.

⁵⁹ Cfr. C. E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 471 s.

⁶⁰ Cfr. F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, cit., 1710, secondo il quale la l. n. 67/2014 è in grado di avviare «il superamento di una concezione (...) ancora carcerocentrica nonostante la sempre più larga presenza dei c.d. benefici penitenziari (...) [che peraltro] tanto più si sviluppano quanto più è carcerocentrico il sistema». In precedenza, sull'esigenza di «una riforma organica dell'apparato sanzionatorio penale, che possa incidere stabilmente sui problemi» strutturali del sistema, cfr. L. EUSEBI, *La riforma ineludibile del sistema sanzionatorio penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1305.

⁶¹ V. *infra* § 4.2.

nel 2013 e presieduta dal Prof. Francesco Palazzo⁶².

Nella relazione di accompagnamento allo «Schema per la redazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale»⁶³, si dichiarava espressamente che la definizione dell'articolato rispondeva all'«intento di ridurre l'incidenza della pena carceraria, reclusione e arresto, anche al fine di porre le condizioni «sistemiche» per rimediare (...) [al] sovraffollamento carcerario»⁶⁴. In particolare, l'introduzione di alternative al carcere appariva improcrastinabile in relazione alla «fascia più bassa della criminalità»⁶⁵, tendenzialmente raggiunta da pene detentive brevi, all'origine di una componente tutt'altro che trascurabile della popolazione penitenziaria⁶⁶.

Nella proposta della Commissione Palazzo, il catalogo delle pene principali per i delitti e le contravvenzioni si arricchiva di sanzioni detentive da scontare presso il domicilio (la *reclusione* e l'*arresto domiciliari*)⁶⁷ e di pene non detentive a contenuto prescrittivo, capaci di condizionare sensibilmente (sotto il profilo, ad esempio, della libertà di movimento o dell'attività di controllo da parte delle forze di polizia) la libertà, comunque fruita, dal condannato⁶⁸. Per altro verso, si precludeva l'impiego della reclusione in carcere per la «criminalità lieve o bagatellare», fissando il limite minimo della sanzione in questione a «due anni»⁶⁹ rispetto ai quindici giorni previsti attualmente dall'art. 23 c.p.

Il ventaglio di opzioni sanzionatorie delineate dalla Commissione Palazzo è filtrato solo in parte nell'impianto della l. n. 67/2014 e, in particolare, nella già richiamata delega «in materia di pene detentive non carcerarie». Qui l'attenuazione della centralità della prigione avviene grazie alla previsione dei già ricordati nuovi tipi sanzionatori – evidentemente limitativi della libertà individuale, ma non carcerari – della *reclusione domiciliare* e dell'*arresto domiciliare*: mentre, per i delitti, la reclusione domiciliare si aggiungerebbe alle pene detentive carcerarie dell'ergastolo e della reclusione, per le contravvenzioni l'unica pena detentiva coinciderebbe con l'arresto domiciliare con la rinuncia, dunque, per tale categoria di reati ad una sanzione carceraria in senso stretto a prescindere dal limite edittale di pena⁷⁰.

Nel disegno del legislatore delegante, la piramide sanzionatoria si ristrutturerebbe a partire dalla fascia di criminalità meno grave (delitti e contravvenzioni puniti con una pena detentiva non superiore nel massimo a tre anni), per la quale la detenzione in carcere sarebbe sostituita da una detenzione presso il domicilio del condannato, ove questi ne disponga⁷¹. A tale segmento di criminalità si aggiunge quello dei delitti puniti con la reclusione carceraria compresa tra i tre e i cinque anni, rispetto ai quali è riservata alla valutazione discrezionale del giudice, alla luce dei criteri di commisurazione della pena fissati nell'art. 133 c.p., la possibile applicazione della reclusione domiciliare.

Nel tratteggiare i contorni delle nuove sanzioni domiciliari, la l. n. 67/2014 cerca, da un lato, di valorizzarne la capacità di veicolare una carica affittiva senza però determinare alcuna soluzione di continuità con il «ritmo di vita» abitualmente seguito dal condannato: in tal senso, va considerata la previsione della possibilità che la restrizione della libertà associata alla sanzione domiciliare possa avvenire anche per singoli giorni della settimana o per particolari fasce orarie. Per questa parte, dunque, si costruisce una risposta sanzionatoria il più possibile non-desocializzante.

Dall'altro lato, la legge-delega intende sfruttare le potenzialità rieducative delle nuove ti-

⁶² Cfr. G. MANNOZZI, *Il «legno storto» del sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 782.

⁶³ Schema e relazione licenziati nel dicembre 2013 e reperibili su www.penalecontemporaneo.it.

⁶⁴ Relazione Commissione Palazzo 2013, 3.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ «Ancora oggi – e nonostante le misure alternative di cui all'ordinamento penitenziario – la percentuale di detenuti in espiatione di pene detentive sicuramente brevi [è] ancora elevata (al 30.6.2013 i condannati a pena fino a tre anni assommavano a circa il 25 % del totale)» (*ibidem*).

⁶⁷ Con gli accorgimenti necessari per non discriminare i condannati svantaggiati in termini di «capitale sociale» in quanto privi di un domicilio idoneo, e cioè la previsione di «luoghi non custodiali di dimora sociale» (art. 4 dell'articolato), ove scontare la sanzione detentiva non carceraria. Tuttavia – in mancanza di una simile logistica approntata con risorse pubbliche – il condannato sfornito di adeguato domicilio avrebbe fatto ritorno in carcere, sia pure in un regime assimilabile alla semidetenzione con l'obbligo di trascorrervi almeno dieci ore al giorno. Sul punto, cfr. F. PALAZZO, *Fatti e buone intenzioni. A proposito della riforma delle sanzioni penali*, in *Dir. pen. cont.*, 10 febbraio 2014, par. 4.

⁶⁸ Cfr. art. 3 (*Pena prescrittiva*) e art. 12 (*Libertà limitata*) dell'articolato della Commissione Palazzo.

⁶⁹ Relazione Commissione Palazzo 2013, 5.

⁷⁰ Cfr. M. PELISSERO, *La detenzione domiciliare: i vantaggi in chiave deflattiva e il problema dell'offerta trattamentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 747.

⁷¹ Per una critica alla detenzione domiciliare, «pena ineguale [poiché] (...) si tramuta nella massima afflizione per il «marginale» senza domicilio adeguato», che tornerebbe in carcere ai sensi dell'art. 1 c. 1 lett. f) l. n. 67/2014, cfr. G. MANNOZZI, *Il «legno storto» del sistema sanzionatorio*, cit., 786. Analogamente, cfr. M. PELISSERO, *La detenzione domiciliare*, cit., 740.

pologie sanzionatorie, contemplando l'ipotesi che esse siano affiancate dal *lavoro di pubblica utilità*, ossia dalla prestazione di attività non retribuita in favore della collettività per almeno dieci giorni con modalità compatibili con le esigenze di vita del condannato e per non più di otto ore al giorno⁷². Per questa parte, l'intento è che la sanzione diventi addirittura "inclusiva" e risocializzante.

Il disegno così delineato dalla l. n. 67/2014, attuando un vero e proprio "travaso" del flusso dei condannati dal carcere al domicilio per le fasce di criminalità considerate, avrebbe senz'altro perseguito *finalità deflative* apprezzabili nel quadro di un piano di contrasto al sovraffollamento carcerario di tipo sistemico. Inoltre, la previsione di un catalogo delle pene arricchito da sanzioni domiciliari, in linea con il principio di *extrema ratio* che dovrebbe governare il ricorso al carcere, avrebbe avuto effetti positivi indiretti «sugli istituti della sospensione condizionale e dell'affidamento in prova, liberandoli dalla loro impropria funzione di decarcerazione e reimpostandone la concreta utilizzazione su più reali ed effettive finalità risocializzative»⁷³.

Nondimeno, anche l'impianto della l. n. 67/2014 non è andato del tutto esente da censure. Da un lato, la disciplina delineata per l'ipotesi di indisponibilità di un domicilio idoneo, e cioè la sostituzione *d'emblée* della pena domiciliare con la pena carceraria, sembrava tradire il principio costituzionale di eguaglianza (art. 3 Cost.)⁷⁴ e contribuire ad acuire il carattere selettivo del carcere in Italia. Dall'altro lato, nella definizione delle nuove sanzioni, sembrava maggiore l'attenzione per la prevenzione speciale *negativa*⁷⁵, anziché per la prevenzione speciale *positiva* (ossia genuinamente *rieducativa*): mancava cioè la previsione di una vera e propria "offerta trattamentale", che riuscisse a neutralizzare il rischio che la detenzione al domicilio riproduca *mutatis mutandis*⁷⁶ «il meccanismo di esclusione del carcere, meno visibile, ma non meno neutralizzante»⁷⁷. In effetti, le nuove tipologie sanzionatorie sono parse ambivalenti sotto il profilo funzionale, non essendo chiaro se esse dovessero essere intese come «prevalentemente limitative o privative di diritti del condannato (...), ovvero [come] prevalentemente orientate alla sua "inclusione" e "recupero"»⁷⁸.

4.2.

La bipolarità della sospensione del procedimento con messa alla prova.

In una sorta di «circolazione dei modelli»⁷⁹ endo-sistemica, la l. n. 67/2014 ha esteso, come noto, alla giustizia penale degli adulti l'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova, ampiamente sperimentato nel diritto penale minorile⁸⁰. In base alle premesse poste, esso può essere qui considerato, come detto, un'alternativa al carcere.

Alla luce della disciplina delineata, la nuova misura appare *contesa* tra le istanze della ri- educazione e quelle dell'emergenza: un *ibrido* tra una vera e propria risposta sanzionatoria extra-carceraria, plasmata dal finalismo sancito dall'art. 27 c. 3 Cost., per la fascia di criminalità di gravità medio-bassa selezionata dall'art. 168-bis c. 1 c.p., e una "alternativa al processo" (prima ancora che al carcere)⁸¹ ispirata prevalentemente da una logica premiale per l'autore del fatto⁸².

Da un lato, il primo fascio di interessi tenderebbe a valorizzare nella messa alla prova la

⁷² Cfr. però M. PELISSERO, *La detenzione domiciliare*, cit., 749, che sottolinea come il lavoro di pubblica utilità sia una «sanzione dal profilo finalistico bifronte potendo essere arricchita di componenti special-preventive ovvero di contenuti afflittivi».

⁷³ F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, cit., 1697.

⁷⁴ Cfr. M. PELISSERO, *La detenzione domiciliare*, 742, 751.

⁷⁵ Ad esempio, con la previsione della possibilità di applicare al condannato sistemi di controllo elettronico o con il divieto di applicazione delle pene domiciliari ai delinquenti abituali, professionali o per tendenza, come prevede l'art. 1 c. 1 lett. d) ed e) l. n. 67/2014. Cfr. M. PELISSERO, *La detenzione domiciliare*, 751.

⁷⁶ Cfr. la critica di E. DOLCINI, *La "questione penitenziaria", nella prospettiva del penalista: un provvisorio bilancio*, cit., 1664, nota 30: «il mutamento del luogo dell'esecuzione incide, e non poco, sulla sostanza».

⁷⁷ Cfr. M. PELISSERO, *La detenzione domiciliare*, 754.

⁷⁸ F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, cit., 1702.

⁷⁹ Cfr. E. GRANDE, *Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Torino, 2000.

⁸⁰ Cfr. G. MANNOZZI, *Il «legno storto» del sistema sanzionatorio*, cit., 782. Prima della l. n. 67/2014 si era pronunciato a favore dell'estensione in parola L. EUSEBI, *La riforma ineludibile del sistema sanzionatorio penale*, cit., 1317 s. Sulle aporie indotte da simile circolazione di modelli, in realtà tra loro non del tutto assimilabili, cfr. R. BARTOLI, *La "novità" della sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Dir. pen. cont.*, 9 dicembre 2015, 2.

⁸¹ Cfr. F. CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2012, 11 ss.

⁸² Cfr. R. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 659 ss. Cfr. altresì L. ANNUNZIATA, *Prime criticità applicative in tema di sospensione del processo per la messa alla prova*, *ivi*, 2016, 101 ss.

capacità di ovviare alla disfunzionalità della pena carceraria breve, imprimendo all'istituto una forte marca specialpreventiva. Le ragioni della rieducazione aspirerebbero, di conseguenza, a conferire allo strumento un contenuto afflittivo reale, così da delineare un vero e proprio "trattamento", del quale apprezzare l'idoneità in relazione sia al fatto commesso, sia alla capacità di contribuire al reinserimento sociale del destinatario della misura⁸³. Dall'altro lato, le ragioni dell'emergenza sarebbero invece orientate a sfruttare le potenzialità deflative dell'istituto come via di uscita *in primis* dal processo (e quindi, potenzialmente, dal penitenziario), spingendo sull'appetibilità dello strumento per l'imputato, da "invogliare" – grazie a una sapiente calibratura dei vantaggi – a simile opzione nel confronto con le vicende legate alla prosecuzione del procedimento⁸⁴.

Nonostante l'accennata *bipolarità*, alcuni elementi, per così dire, "di contesto" (*in primis* l'urgenza storica di dare seguito alla sentenza Torreggiani del 2013) consentono di ritenere non improbabile – nel contingente adattamento del "modello minorile" al diritto penale degli adulti – una *prevalenza* delle istanze emergenziali connesse alla necessità di rispondere ai problemi di governabilità del carcere. Ma il successo della misura a livello prasseologico⁸⁵ – per certi versi, inatteso – pare spiegarsi anche «perché la messa alla prova è dotata di contenuti afflittivi, [sicché] il giudice tende a considerare la sua applicazione il momento di effettività del sistema mancante in sede di cognizione»⁸⁶, con un recupero, per così dire, *sul campo* delle istanze legate alla rieducazione.

5.

Chiusa.

«La storia del *sistema sanzionatorio* evolve (...) con tempi molto più lunghi della storia delle *idee* sulla funzione della pena e più lunghi della stessa evoluzione, anche radicale, dell'organizzazione politico-sociale, perché è intrisa di momenti irrazionali, reali o artificiosi, suscitati dal bisogno collettivo di sicurezza, che tendono a frenare fortemente qualunque domanda di cambiamento radicale»⁸⁷.

V'è da chiedersi, pertanto, se lo spazio attualmente riconosciuto alle alternative al carcere nel sistema sanzionatorio penale, forse mai tanto ampio, stia ad indicare l'approssimarsi del superamento – così a lungo evocato nella «storia delle idee sulla funzione della pena» – della centralità del carcere. Un risultato che dovrebbe essere perseguito da una «politica criminale seria e legittima», ossia tesa al «rispetto delle scelte costituzionali sul senso e sui limiti del diritto penale come strumento di politica criminale»⁸⁸ e che non può ignorare la perdurante *crisi funzionale* del carcere⁸⁹.

E tuttavia le cadenze del dibattito politico-criminale, sostanzialmente succubi delle spirali di insicurezza collettiva *e/o* dei calcoli di opportunità politica, allontanano inesorabilmente tale esito, costringendo a considerare le alternative al carcere come un ausilio costruito e implementato ad arte, perché – cinicamente – funzionale al mantenimento dell'esistente: *prison first!*

⁸³ Cfr. tuttavia l'obiezione formulata da F. VIGANÒ, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1302, tenuto conto che siamo qui di fronte a «un imputato presunto innocente», per il quale il processo può anche riprendere e concludersi con una assoluzione. Cfr. inoltre F. CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione*, cit., 9 ss.

⁸⁴ Critico su tale aspetto F. VIGANÒ, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., 1300 s.

⁸⁵ Cfr. R. BARTOLI, *La "novità" della sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., 6.

⁸⁶ R. BARTOLI, *La "novità" della sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., 7.

⁸⁷ G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, cit., 485 s.

⁸⁸ G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, cit., 470, citando Roxin e Hassemer.

⁸⁹ Si veda recentemente M. PELISSERO, *La crisi del sistema sanzionatorio e la dignità negata: il silenzio della politica, i compiti della dottrina*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 263: «Nei confronti dell'autore del reato la promessa costituzionale della funzione rieducativa della pena non è stata mantenuta: è incommensurabile lo scarto tra il dover essere della funzione rieducativa ed il suo essere nella realtà della esecuzione penitenziaria che, salve alcune situazioni del tutto marginali, non ha mai avuto, né ha tuttora, funzione di risocializzazione».

Processo e sistema sanzionatorio: alla ricerca di una “nuova” relazione

Crime and Punishment: On a Search for a New “Liason”

FRANCESCA RUGGIERI

*Professore ordinario di Diritto processuale penale presso l'Università dell'Insubria
francesca.ruggieri@uninsubria.it*

PROCESSO, PENA, DIRITTO PENALE

TRIAL, PUNISHMENT, CRIMINAL LAW

ABSTRACT

L'autrice, dopo essersi soffermata sull'articolato rapporto tra processo e diritto penale sostanziale, approfondisce la relazione tra processo e pena. Il rito, non più “socio muto” delle fattispecie incriminatrici, è esso stesso pena e, a vario titolo e in vario modo, assolve ad esigenze di prevenzione generale e speciale. In fine, poiché la “contaminazione” tra diritto, pena e processo altera sensibilmente i tradizionali caratteri dell'uno e degli altri, si sottolineano le questioni aperte dalla nuova prospettiva.

The author analyzes the complex relationship between criminal procedure and criminal law; she then focuses on the interconnection between trial and punishment. The trial ceases to be a mere “silent partner” of the crimes and becomes in itself a form of punishment. It serves the purpose of general and special prevention in many different ways. Additionally, the reciprocal influence between law, punishment and trial significantly impacts on the traditional features of each of them; the author underlines the questions left open by this new perspective.

SOMMARIO

1. Il processo che crea fattispecie: la “processualizzazione” del diritto penale. – 2. Il processo che dà sofferenza e anticipa la pena. – 3. Il processo che sanziona: riti premiali e declaratorie di estinzione del reato. – 3.1. Accertamento “in negativo” e pena. – 3.2. Dosimetria e aspetti premiali. – 3.3. Volontarietà e sanzione. – 4. Alla ricerca di una (impossibile) sintesi.

1. Il processo che crea fattispecie: la “processualizzazione” del diritto penale.

È un “topos” del sistema penale la discussione circa i rapporti tra diritto sostanziale e diritto processuale, fra fattispecie incriminatrici e accertamento, tra funzioni e principi dei precetti e scopo e garanzie del rito.

Dal momento in cui le due discipline si sono divise anche sul piano accademico (come si ricorderà dal 1938 per legge; dagli anni Sessanta del secolo scorso di fatto)¹ sono ricorrenti le riflessioni sulla necessità di ragionare sulle torsioni e/o influenze che l’una o l’altra materia reciprocamente comportano². E da quando, agli inizi degli anni Ottanta del secolo scorso, autorevole dottrina ribadì la necessità di una *verifica delle teorie penali alla luce del processo e della prassi*³, soffermandosi in particolare sulla problematica valutazione in giudizio della personalità dell’indagato ai fini dell’apprezzamento della sua eventuale colpevolezza⁴, i filoni di indagine si sono arricchiti di molteplici prospettive.

¹ Sulla storia delle due cattedre v. l’ormai classico lavoro di M. PISANI, *L’autonomia didattica della procedura penale in Italia*, in *Ind. pen.*, 1967, 127 ss. e, più di recente, quello dello storico M. MILETTI, *Dall’ancillarità alla separazione. La procedura penale nella scienza giuridica italiana tra Otto e Novecento*, in L. Foffani, R. Orlandi (a cura di), *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, Bologna 2016, 3 ss.

² Nello scorcio di fine e inizio millennio, proprio a seguito dell’entrata in vigore del nuovo codice di rito (in tal senso esplicitamente T. PADOVANI, *Il diritto sostanziale e il processo*, in *Diritto e processo*, cit., 87 ss.) si sono moltiplicati gli studi interdisciplinari che, volti a studiare le articolate e molteplici interrelazioni tra il piano prescrittivo e quello dell’effettività hanno ospitato particolari approfondimenti dei rappresentanti dell’una e dell’altra disciplina. *Ex multis* si possono ricordare, tra i penalisti, nel volume *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena, in ricordo di Adolfo Beria d’Argentine, Atti del XXIII Convegno di Studi Enrico De Nicola*, Milano, 2002, il lavoro di T. PADOVANI, *Fuga dal carcere e ritorno alla sanzione. La questione delle pene sostitutive tra efficacia della sanzione ed efficienza dei meccanismi processuali*, e nel volume curato da M. PAVARINI (*Silète poenologi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica oggi*, Bologna, 2006) la riflessione di G. FORTI, *Explete poenologi munus novum: dal controllo delle “variabili usurpatrici” alla stimolazione delle “flessibilità del sistema*, 90 ss. Tra i processualisti, R. ORLANDI, *Effettività della sanzione penale e principi processuali*, 37 ss., che ha pubblicato nel volume di F. Giunta, P. Pittero, R. Orlandi, A. Presutti (a cura di), *L’effettività della sanzione penale*, Milano, 1998; E. MARZADURI, *Il mutamento delle scienze processualistiche. L’unità del sapere penalprocessualistico*, che è ospitato nella colletanea curata da V. Garofoli, *L’unità del sapere giuridico tra diritto penale e processo*, Milano, 2005, 83 ss. e M. PIERDONATI, *Struttura del dolo e meccanismi di formazione della prova*, in L. Marafioti, M. Masucci (a cura di), *Responsabilità penale e scorioe probatorie*, Torino, 2006, 48 ss.

Più di recente, il volume *Diritto e processo penale*, cit., raccoglie, secondo una tradizione risalente alle prime fondamentali intuizioni di F. BRICOLA (*La verifica delle teorie penali alla luce del processo e della prassi: problemi e prospettive*, in *Quest. crim.*, 1980, 5454 ss.), gli atti del convegno organizzato dall’Associazione intitolata al grande studioso a Bologna nel marzo del 2013. L’opera, oltre agli approfondimenti di uno storico del diritto (M. MILETTI, *op. cit.*), contiene le riflessioni di studiosi del diritto sostanziale (T. PADOVANI, *Il diritto sostanziale e il processo*, cit.; A. GARGANI, *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità “oltre ogni ragionevole dubbio”*; S. FIORE, *Dal concreto all’astratto: genesi della fattispecie incriminatrice*; C. E. PALIERO, *Quale diritto per quale processo?*) e del diritto processuale (M. NOBILI, *Il processo e il diritto*, alla memoria del quale gli atti sono dedicati; F. CAPRIOLI, *Spunto introduttivo*; D. NEGRI, *La costruzione della fattispecie giudiziaria. Oltre i vincoli della legalità processuale: strategie, prassi, conseguenze del rifiuto di un paradigma*; E. AMODIO, *Quale processo per quale diritto?*).

Per il relativamente recente dibattito tra le due discipline in punto di prescrizione, cfr. D. PULITANO, *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 951 ss. e ID. *Consensi e fraintendimenti sui rapporti fra diritto sostanziale e processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 517 ss.

Per una efficace ricostruzione dei molteplici intrecci e dei relativi piani che interessano le due materie, con ampi e ulteriori riferimenti bibliografici, cfr. anche il primo capitolo (*Uno sguardo d’insieme*) della ricerca di M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli, 2009.

Infine, per una prospettiva processuale anche diacronica che discute matrici e origini di una separazione tra diritto e processo per molti versi innaturale, cfr. da ultimo in particolare D. NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, ethos delle fonti, dialettica tra le Corti*, in *Arch. pen.*, 2017, fasc. 2, 1 ss.

³ In corsivo il titolo del famoso articolo già ricordato di F. BRICOLA, *op. cit.*

Quella che avrebbe potuto anche apparire come una provocazione non era però frutto di alcuna improvvisazione ma il risultato di studi soprattutto di matrice tedesca. Tra gli approfondimenti italiani che prima di lui avevano riflettuto sul tema l’Autore richiama, peraltro come voce rimasta isolata, lo studio di *Marcello Gallo* a proposito dell’accertamento del dolo, risalente agli inizi degli anni Cinquanta (*ivi*, 456). Ricostruisce le vicende, le discussioni e le ricerche di quegli anni M. NOBILI, *op. cit.*, 63 ss. (in precedenza già anche ID., *Principio di legalità e processo penale, in ricordo di Franco Bricola*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 648 ss.) e, con riferimento ai Convegni in tema che allora si alternarono con particolare rapidità, anche T. PADOVANI, *Il diritto sostanziale e il processo*, cit., 82.

⁴ F. BRICOLA, *op. cit.*, 456-457.

Secondo un approccio a tutto campo e in un'ottica generale, il tradizionale rapporto tra diritto penale e rito negli ultimi decenni si è progressivamente trasformato, per cui il processo, inizialmente servo muto del diritto penale sostanziale, a poco a poco è divenuto sempre più loquace, assumendo prima il ruolo di socio paritario e quindi, a seguito della diffusione dei giudizi speciali con il codice del 1989, addirittura quello di socio tiranno del secondo⁵.

Entro questa ricostruzione, che oltretutto non si propone di rappresentare una serie di *stati evolutivi distinti*⁶, le fattispecie incriminatrici sono in diversa misura trasformate e piegate alle esigenze processuali di carattere probatorio. Il legislatore configura le norme penali secondo le necessità del processo. (Si pensi *ex multis* all'estensione dei reati di sospetto e di pericolo presunto, di più facile accertamento, ovvero alla istituzione dell'art. 416-bis c.p., da molti ritenuto superfluo rispetto all'art. 416 c.p., se non nell'ottica di imporre una ben precisa strategia investigativa per le associazioni di stampo mafioso)⁷. E la giurisprudenza, a sua volta, quando le fattispecie, pure così costruite, non soddisfano le esigenze di accertamento, si permette esegesi agli incerti confini del divieto di analogia, in spregio al principio di legalità.

Nella riflessione della dottrina «negli ultimi decenni è diventata realtà l'impensabile[...] una dommatica del diritto penale per risolvere i problemi probatori»⁸. Legislazione e giurisprudenza concorrono insieme alla creazione di nuove forme di tipizzazione⁹, ove le caratteristiche proprie del diritto penale scolorano in prospettive di difficile sistemazione teorica.

La commistione tra riserva di legge e riserva di giurisdizione appanna il tradizionale sistema delle fonti¹⁰. L'interprete non può più ignorare il «fenomeno della processualizzazione del diritto penale»¹¹.

2.

Il processo che dà sofferenza e anticipa la pena.

I formanti processuali, opportunamente abbandonando una prospettiva chiusa su se stessa e sui soli principi e sulle sole garanzie processuali, creano fattispecie, sono essi stessi sanzioni

⁵ È la ben nota distinzione di T. PADOVANI, *La disintegrazione del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 430 ss. che, tra l'altro, sottolinea che quando «alla fase del servo muto è subentrata quella del servo loquace (...) il processo penale ha cominciato a costituire un problema per il diritto penale e le sue istanze punitive» (*ivi*, 431). Quando il processo è divenuto un «socio paritario (...) il ciclo della produzione giuridica si [è] insedia[to] stabilmente all'interno del processo» (*ivi*, 433): «(...) il momento concettuale a partire dal quale il diritto penale si esprime come diritto è il momento storico in cui il processo attiva i propri meccanismi; e nella loro dinamica è il diritto penale a presentarsi come "strumento" del processo penale, nel cui ambito si individua e si puntualizza l'oggetto dell'accertamento e si determinano le conseguenze sanzionatorie» (*ivi*, 434). Infine, quando si affermano i giudizi speciali («patteggiamento, rito abbreviato, procedimento per decreto»), che di per sé «hanno una ricaduta sostanziale assai forte (...)», il processo, «intervenendo direttamente sugli istituti sostanziali» da «socio paritario» diviene «socio tiranno» (*ivi*, 435-436). Cfr. anche ID., *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind. pen.*, 1999, 527 ss. Contestualizza opportunamente il rapporto diritto/processo nella storia delle due discipline, a cominciare dal pensiero di Beccaria D. NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale*, cit., 12-13.

⁶ È lo stesso Padovani che, nell'intervento del 2013 precisa molto opportunamente che «la dialettica metaforica del servo e del socio non individua – è chiaro – stati evolutivi distinti e, in qualche modo separati. Si tratta piuttosto di aspetti "compresenti" destinati a manifestarsi nel quadro della complessità e della reciprocità dei rapporti tra diritto penale e processo» (T. PADOVANI, *Il diritto sostanziale e il processo*, cit., 87).

⁷ Per queste osservazioni cfr. per tutti M. NOBILI, *Principio di legalità*, cit., 650 e 656. Con riguardo all'ultimo esempio l'Autore scrive: «significativa la vicenda che fece figliare, dall'art. 416 c.p., il suo "bis" (associazione di tipo mafioso): una disposizione incriminatrice – come sappiamo – specializzante rispetto alla prima e destinata, così, a produrre un processo addirittura più articolato e più "difficile" (e comunque diverso del *thema probandum*; una norma la cui reale giustificazione sta nello spingere la magistratura a costruire (...) un certo tipo di inchiesta. Il vecchio art. 416 c.p. (...) come norma generale avrebbe ben potuto coprire anche l'ambito applicativo dell'attuale figura associativa».

G. LUNGHINI, *Problemi probatori e diritto penale sostanziale. Un'introduzione*, in E. Dolcini, C. E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di G. Marinucci*, Milano, 2006, 409 ss., che all'inizio del suo lavoro parla di *funzione plasmatrice del diritto penale sostanziale svolta dai problemi di prova*, dedica un intero paragrafo ai reati di sospetto (419 ss.). Per ulteriori spunti sulle torsioni a cui le problematiche probatorie sottopongono le fattispecie astratte, v. A. GARGANI, *op. cit.*, 106 ss., anche per altre esemplificazioni in tema di fattispecie associative (*ivi*, 114 ss.). Nell'ottica del processualista, v. in particolare D. NEGRI, *La costruzione della fattispecie giudiziaria*, cit., 180 ss.

Per altri riferimenti bibliografici (pressoché sterminati) circa i reati di sospetto e/o di pericolo presunto nell'ottica di cui al testo, v. anche M. CAPUTO, *op. cit.*, 27 e 31.

⁸ Cfr. G. MARINUCCI, *Il diritto penale messo in discussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1041, anche per i più opportuni riferimenti a una prospettiva diacronica, con riferimento al sistema delle prove legali. A. GARGANI, *op. cit.*, 107, anche per i riferimenti agli studi degli storici del diritto, parla a questo proposito di *logica del sospetto*.

⁹ Per tutti cfr. S. FIORE, *op. cit.*, 138 ss. che tratta delle «tecniche di "tipizzazione" integrate», con riguardo all'«uso di indici probatori in funzione descrittiva», al «metodo di accertamento in funzione selettiva della rilevanza penale» ovvero ancora della «costruzione processuale dell'elemento psicologico».

¹⁰ Si pensi al «caso Contrada» su cui da ultimo v. in particolare V. MANES, «Common law-isation del diritto penale»? *Trasformazione del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cass. pen.* 2017, 955 ss.

¹¹ Sono le parole di A. GARGANI, *op. cit.*, 111.

e costituiscono pena¹². Secondo una sorta di contrappasso dantesco il processo, per sua natura deputato all'accertamento delle ipotesi accusatorie al fine di garantire la legittimità del potere di punire, da codice dei galantuomini diviene anch'esso «codice dei birbanti»¹³, ovvero strumento per la lotta alla criminalità, di minaccia e repressione.

La ben nota e drammatica immagine del «processo come pena»¹⁴ evoca meccanismi complessi e una durata non sempre ragionevole ma, nello stesso tempo, anche una «anticipazione» di pena che nessuno oggi osa più negare¹⁵.

Il processo è costo e sofferenza; in caso di assoluzione la partecipazione al terribile rito del giudizio richiederebbe un'equa riparazione, se non altro con riferimento agli ingenti costi sostenuti¹⁶.

Ma se il rito non riesce a esaurirsi in tempi convenienti le misure cautelari possono costituire l'unica sanzione effettivamente subita dall'imputato poi condannato¹⁷. E le regole processuali, sulla falsariga delle nuove sensibilità in tema di sistema punitivo, si informano a criteri volti a evitare la pena detentiva, considerata, anche in sede di provvedimenti coercitivi, l'*extrema ratio*, sostituita da misure più blande purché efficaci nella prevenzione delle esigenze cautelari per cui le cautele sono disposte (pericoli di inquinamento probatorio, di fuga o di reiterazione del reato, art. 274 c.p.p.).

In tal modo il processo assicura le esigenze di prevenzione generale che non sempre possono essere soddisfatte dalle sanzioni individuate dalla legge. La politica legislativa usa consapevolmente il processo per ragioni securitarie, volte a rassicurare e nello stesso a prevenire condotte particolarmente allarmanti. Istituti quali il giudizio immediato cautelare non hanno altra *ratio* se non quella di stigmatizzare certe forme di criminalità particolarmente diffuse attraverso l'unione di misure detentive e una inusuale celerità di giudizio¹⁸. Gli effetti che possono essere raggiunti in tema di politica criminale attraverso un inasprimento di pena sono oggi espressamente perseguiti attraverso gli strumenti processuali. Anticipazione di provvedimenti restrittivi e accelerazione, per garantire l'esemplarità e quindi l'effettività della sanzione, sono tipici anche di novelle che incidono sui presupposti delle misure cautelari personali ovvero sui tempi della celebrazione del giudizio.

¹² Cfr. M. NOBILI, *Il processo e il diritto*, cit., 75 ss.

¹³ ROMAGNOSI, cit. da A. BONDI, *Philosophieverbot. L'agonia del diritto penale moderno*, in E. Dolcini, C. E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di G. Marinucci*, cit., vol. II, 132.

¹⁴ F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, I, II ed., Roma, 1949, 48.

¹⁵ Per tutti cfr. di recente e in modo molto efficace, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, G. ILLUMINATI *Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1137-1139.

Efficaci a proposito della pena che si sconta prima e non alla fine del processo le osservazioni di M. VOGLIOTTI, *Le metamorfosi dell'incriminazione. Verso un nuovo paradigma per il campo penale?*, in *Pol. dir.*, 2001, 638-639, secondo cui «sul versante processuale, ad esempio, è risaputo come la saturazione verbale che accompagna soprattutto le sue prime fasi si traduca troppo spesso in una completa afasia al momento del prodotto conclusivo (la condanna definitiva e l'esecuzione della pena)»; più avanti (*ivi*, 641) l'Autore riconosce esplicitamente come la «custodia cautelare finisce per essere percepita come la vera e propria pena».

Cfr. anche T. PADOVANI, *Fuga dal carcere*, cit., 74, secondo il quale «per supplire alle distonie dello iato temporale tra accertamento del reato e sentenza definitiva di condanna si profila una serie di risposte differenziate che, per essere la conseguenza di una patologia, risultano alla fine patologiche anch'esse: un po' come quelle medicine che, per curare un male, ne provocano uno diverso. Così, quando la posta in gioco è elevata, e cioè il reato supera una certa soglia di gravità, le esigenze di controllo sociale tendono a soddisfarsi in via anticipata con lo strumento della custodia cautelare, esempio prototipico di distorsione in chiave sostanziale di uno strumento processuale. L'adozione della misura cautelare delinea peraltro una corsia procedimentale relativamente privilegiata, le cui tappe sono scandite da termini idonei a indurre celerità».

F. PALAZZO, *Esecuzione progressiva e "benefici" penitenziari: che cosa conservare*, in *Sistema sanzionatorio*, cit., 156, parla dello «strano nesso che è venuto instaurandosi tra misure cautelari processuali e misure alternative. Alla stregua dell'attuale disciplina è, infatti, evidente l'intento legislativo affinché il condannato libero mantenga lo stato di libertà mentre quello agli arresti domiciliari transiti automaticamente alla detenzione domiciliare. Colui che, invece, si trovi in custodia cautelare, viene per così dire abbandonato al suo destino carcerario, riassumendo per le misure alternative l'ordinaria disciplina priva delle "agevolazioni" di decarcerazione. In conclusione, vi è un evidente condizionamento del processuale *status captivitatibus/libertatis* sull'accesso alle misure alternative».

Cfr. altresì G. SPANGHER, *La funzione rieducativa del processo*, in *Cass. pen.*, 2017, 1232 ss.

¹⁶ Cfr. il recente volume, all'esito di una ricerca PRIN, *La vittima del processo, I danni da attività processuale*, a cura di G. Spangher, Torino, 2017, ove i diversi contributi approfondiscono i danni da processo anche in prospettiva comparata (Unione Europea, giurisprudenza della Corte EDU, sistemi statunitense, tedesco) e ricostruiscono riparazioni e risarcimento dei danni delle singole fasi processuali (indagini, cautele, dibattimento, esecuzione) offrendo anche interessanti spunti di riflessioni su tematiche di confine, quali il danno da irragionevole durata o il danno ai diritti della personalità o alla libertà di iniziativa economica.

¹⁷ G. ILLUMINATI, *loc. cit.*

¹⁸ Per alcune considerazioni sociologiche su questo *modus operandi* cfr. in particolare (anche in comparazione con l'esperienza belga) ancora M. VOGLIOTTI, *op. cit.*, 644-645. Le riflessioni di E. AMODIO e N. GALANTINI a proposito dell'*Illegittimità costituzionale del giudizio immediato custodiale* (in *questa Rivista*, n. 3/2013) sono sintomatiche della estraneità al sistema di simili istituti.

3.

Il processo che sanziona: riti premiali e declaratorie di estinzione del reato.

Accanto al processo come pena sempre più marcati sono i fenomeni processuali che, in vario modo, incidono direttamente sulla funzione della pena e sulla sua determinazione quantitativa secondo forme e criteri che non sono più solo quelli indicati dal legislatore nelle parti generale e speciale del codice penale.

Sono due, in particolare, le categorie di istituti che concorrono a formare i profili di un sistema sanzionatorio che si compone di norme sostanziali e di norme processuali: i riti speciali caratterizzati da aspetti premiali, tra cui spicca una sensibile riduzione della pena, da un lato; le declaratorie di estinzione del reato accompagnate da una serie di condotte dell'imputato, la cui valutazione positiva da parte del giudice esaurisce il processo, dall'altro¹⁹.

Tra i primi sono ricompresi tutti i giudizi che, a diverso titolo, promuovono una conclusione anticipata del processo "compensando" la rinuncia al contraddittorio con incentivi sul piano sanzionatorio: è il caso del rito monitorio (artt. 459 ss. c.p.p.), del patteggiamento (ai sensi degli artt. 444 ss. c.p.p. in primo grado, a norma dell'art. 599 c.p.p. in appello) e del giudizio abbreviato (artt. 438 ss. c.p.p.)²⁰.

Le seconde raccolgono istituti spesso dalla natura ibrida, disciplinati per una parte nel codice penale e per una parte nel codice di rito, che prevedono l'estinzione del reato a seguito di comportamenti in senso lato "satisfattori" dell'imputato: è il caso della querela (artt. 152 ss. c.p., 336 ss. c.p.p.), dell'oblazione (artt. 162 e 162-bis c.p., artt. 464 c. 2-3, 552, 553, 556, 603 c. 7 c.p.p., 141 disp. att. c.p.p.)²¹, dell'estinzione del reato per condotte riparatorie (art. 162-ter c.p.) e della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato (artt. 168-bis ss. c.p., 464-bis ss. c.p.p., 141-bis ss. disp. att. c.p.p.)²².

In tutte queste ipotesi la pena, già sottratta a una rigida dosimetria legislativa²³, è sì il risultato della valutazione discrezionale e motivata del giudice (art. 132 c.p.), ma nel rispetto sia

¹⁹ Come ricorda T. PADOVANI, nel suo manuale alla fine del secolo scorso (*Diritto penale*, Milano, 1998⁴, 462-463) a proposito delle cause di estinzione del reato e della pena in generale, «sotto il titolo "della estinzione del reato e della pena" (art. 150 ss. c.p.) il codice del 1930 ha previsto le cause che in varia guisa determinano l'estinzione della punibilità. Il codice penale del 1889 parlava in proposito di cause di estinzione dell'azione penale (corrispondenti alle attuali cause di estinzione del reato) e cause di estinzione della condanna (corrispondenti alle attuali cause di estinzione della pena), attribuendo in tal modo al fenomeno estintivo una rilevanza strettamente processuale. Si tratta di una prospettiva ancora oggi sostenuta da una parte della dottrina, soprattutto in riferimento a talune cause estintive del reato la cui applicazione non implica un previo accertamento della responsabilità (ad. es. la prescrizione del reato che deve essere immediatamente dichiarata dal giudice con sentenza in qualunque stato e grado del procedimento, a norma dell'art. 129 c. 1 c.p.p. a meno che non ricorrano i presupposti per applicare l'art. 129 c. 2 c.p.p.). Poiché l'estinzione del reato presuppone logicamente la sua effettiva esistenza le cause estintive applicate a prescindere dall'accertamento della responsabilità paralizzerebbero in realtà soltanto il processo penale: il loro effetto sostanziale risulterebbe solo apparente, in quanto si tratterebbe di un mero riflesso della paralisi operata sul processo. Non vi è tuttavia dubbio che la sentenza dichiarativa della causa di estinzione consolida stabilmente i suoi effetti sul piano sostanziale, impedendo in ogni caso un secondo giudizio per lo stesso fatto nei confronti del medesimo soggetto (art. 649 c.p.p.)».

²⁰ Affronta esplicitamente l'articolato rapporto tra *Riti speciali e trattamento sanzionatorio* R. ORLANDI, in *Sistema sanzionatorio*, cit., 257 ss.

²¹ Nell'economia del presente lavoro non si accenna alle altre analoghe ipotesi di oblazione dettate per specifici tipologie di reati: ambientali (su cui per tutti M. C. AMOROSO, *La nuova procedura estintiva dei reati contravvenzionali previsti dal d.lgs. 152/2006. Quali direttive per gli organi accertatori?*, in *Dir. pen. cont.*, 5 novembre 2015), in materia antinfortunistica (A. CULOTTA, *Il nuovo sistema sanzionatorio in materia di sicurezza ed igiene del lavoro e le responsabilità penali in caso di attività date in appalto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 949 ss.) ovvero tributaria (S. GALEAZZI, *Il nuovo ravvedimento oneroso*, in *Riv. dir. trib.*, 2014, 994). Quanto si osserverà nel testo può anche applicarsi loro *mutatis mutandis* ma si tratta pur sempre di categorie del tutto peculiari (v. a questo proposito ad esempio le osservazioni di S. M. CORSO, *Le ricadute processuali dell'estinzione del reato per condotte riparatorie*, in *Arch. pen.*, 2017, fasc. 3, 14, là ove l'Autore discute le affinità tra l'art. 162-ter c.p. e l'art. 13 d.lgs. 10 marzo 2000 n. 74 come rivisto dopo la riforma del 2015, benché l'uno sia causa di estinzione del reato, l'altro di non punibilità). Delimita similmente il proprio ambito di indagine anche R. ORLANDI, *ult. op. cit.*, 258 sub nt. 1.

²² Almeno "cronologicamente" a queste ipotesi potrebbe aggiungersi anche la nuova disciplina di cui all'art. 131-bis c.p. in tema di proscioglimento per tenuità del fatto, che però non presuppone alcuna specifica condotta e/o partecipazione da parte dell'indagato/imputato. L'ipotesi si iscrive in ogni caso alla sempre più diffusa tendenza legislativa di "fuggire dal processo e dalla sanzione". Come osserva da ultimo S. M. CORSO, *op. cit.*, 1: «nell'arco di un triennio il legislatore ha sentito la necessità di prevedere quale *lex generalis* una nuova causa di non punibilità con l'art. 131-bis c.p. (...) e due nuove cause estintive del reato con l'art. 168-bis c.p. (...) e con l'art. 162-ter c.p. in esame. Si è in presenza di altrettante opportunità di fuga dal processo e dalla sanzione che si collocano, non casualmente, a cavallo di una depenalizzazione (con i d.lgs. 15 gennaio 2016 n. 7 e n. 8)».

²³ A tal fine è sufficiente richiamare le riflessioni di G. MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 165-167.

Scrivere all'inizio del millennio E. DOLCINI (*Il castigo sia moderato, ma certo*, in *Sistema sanzionatorio*, cit., 31): «Il disorientamento e lo sconcerto crescono ancora di fronte a casi clamorosi e gravissimi, spesso ambientati nel mondo della finanza e della politica, che mettono a nudo i guasti di sistemi corruttivi endemici, distorsivi della libertà di concorrenza, dell'imparzialità della pubblica amministrazione; fatti per i quali il legislatore commina in astratto pene severe vengono trasformati in bagattelle grazie al patteggiamento, con la conseguenza che persone che apparivano candidate a dure condanne riemergono immediatamente e impunemente, sul palcoscenico della vita pubblica».

dei parametri indicati dall'art. 133 c.p., da un lato, sia di quelli prescritti dal codice di rito in occasione dei giudizi speciali e delle varie ipotesi in cui il processo, in applicazione delle norme di diritto sostanziale in tema di estinzione del reato, esaurisce anzitempo la sua funzione di accertamento, dall'altro²⁴.

Diversi gli aspetti da approfondire relativi alla giustificazione e allo scopo dell'esercizio del potere punitivo: se e in quale misura la pena o l'estinzione del reato siano connessi alla funzione cognitiva del processo; come e in che modo gli aspetti premiali collegati al rito o alla estinzione del reato incidano sulla funzione della sanzione in senso lato; se e in quale misura la volontà dell'imputato espressa nei diversi procedimenti in discorso possa essere intesa (anche) come sintomo di resipiscenza o addirittura di ravvedimento e quindi contribuire a una funzione rieducativa o risocializzante²⁵.

3.1. *Accertamento "in negativo" e pena.*

Nell'ottica della tradizionale funzione cognitiva del processo si assiste a un sempre più profondo scollamento tra le norme volte alla verifica circa la fondatezza dell'ipotesi di accusa da una parte e la pena come indefettibile conseguenza di tale (eventuale) positivo apprezzamento dall'altra.

Il rito monitorio (artt. 459-464 c.p.p.) e l'applicazione della pena su richiesta (artt. 444-448 c.p.p.) dal punto di vista cronologico sono stati i primi giudizi speciali a prescindere da un accertamento pieno circa la ritenuta colpevolezza dell'imputato. Nell'uno e nell'altro caso tra l'irrogazione della pena rispettivamente richiesta dal pubblico ministero o concordata tra le parti e la decisione del giudice si pone solo un obbligo giurisdizionale "in negativo". Prima di disporre del decreto di condanna richiesto ovvero di applicare la pena patteggiata il giudice, infatti, ha esclusivamente l'onere di deliberare se gli elementi di prova sottoposti alla sua attenzione consentano pregiudizialmente una *immediata declaratoria di non punibilità* (ex art. 129 c.p.p. richiamato esplicitamente dall'art. 444 c. 2 e 459 c. 3 c.p.p.). Solo se sulla base degli atti emerge, ad esempio, che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso ovvero ancora che sussiste una qualche ragione di estinzione del reato, l'organo giurisdizionale pronuncia una decisione esplicita circa la (in)fondatezza dell'imputazione²⁶. Se non sussistono evidenze per tali declaratorie, il giudice provvede a disporre la sanzione richiesta, e quindi a irrogare una pena senza che il provvedimento sanzionatorio sia preceduto da un accertamento pieno di colpevolezza²⁷.

L'obbligo della declaratoria di una causa di non punibilità che emerga dagli atti si accompagna in entrambi gli istituti all'esclusione di diritto della eventualmente costituita parte civile

²⁴ Come accennato anche dal Giudice delle leggi in occasione della declaratoria di incostituzionalità dell'art. 444 c.p.p. del 1990 a proposito dell'allora illegittima omissione circa il potere giurisdizionale di valutare la congruità della pena, il potere di irrogare la "punizione" è rimesso al giudice nell'ambito di diversi parametri legislativi, siano essi contenuti nel diritto penale sostanziale o in quello processuale. In particolare, nella sentenza n. 313/1990, la Corte costituzionale, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 444, c. 2 c.p.p. nella parte in cui non prevedeva che, ai fini e nei limiti di cui all'art. 27 c. 3 Cost., il giudice potesse valutare la congruità della pena indicata dalle parti, rigettando la richiesta in ipotesi di sfavorevole valutazione, ha «ricordato che i giudici *a quibus*, pur riconoscendo al legislatore il potere di dettare criteri diversi da quelli contemplati nell'art. 133 c.p. esigono però che ogni eventuale modificazione dipenda da situazioni rigorosamente predeterminate. Ebbene, non sembra che il principio di soggezione del giudice soltanto alla legge, di cui al primo comma dell'art. 101 Cost., riceva offesa da questi e da altri interventi che la particolare natura del nuovo processo riconosce al potere dispositivo delle parti nel contesto del sistema accusatorio. (...) non può essere rifiutato in linea di principio un potere che, lungi dal pregiudicare quello del giudice, è concepito in funzione di collaborazione ad una rapida affermazione della giustizia con una effettiva ed immediata applicazione della pena. D'altra parte, non sembra nemmeno esatto che la situazione, su cui le parti sono autorizzate a presentare la richiesta consensuale di applicazione della pena, non sia sufficientemente predeterminata».

²⁵ La prospettiva rimane quella di un processualista, in quanto tale, come è già stato ben espresso da altri, «soggetta alla relatività del proprio punto di vista, con i postulati della specializzazione disciplinare [in tal caso processuale, ma il discorso è reciproco nei confronti del diritto sostanziale] a fungere, contemporaneamente, da paraocchi e da categorie fondamentali per comprendere il fenomeno osservato» (così efficacemente R. ORLANDI, *ult. loc. cit.*).

²⁶ Nella sentenza n. 313/1990 cit. la Consulta scriveva: «parimenti predeterminata è la necessità che non sussistano le condizioni legittimanti il proscioglimento "allo stato degli atti". Se queste sussistono, infatti, si sovrappone alla volontà delle parti il potere-dovere del giudice di applicare (...) l'art. 129. Altrettanto dicasi se la parte privata abbia subordinato l'efficacia della sua richiesta alla concessione della sospensione condizionale della pena: nel qual caso il giudice, se ritiene la parte immeritevole del beneficio, rigetta l'intera richiesta». Per considerazioni molto critiche circa il ritenuto non necessario accertamento per l'irrogazione della pena patteggiata, cfr. in particolare G. LOZZI *Riti speciali e trattamento sanzionatorio*, in *Sistema sanzionatorio*, cit., 241-243 ss. Riassume il dibattito sul punto qualche anno più tardi E. AMODIO, *Giustizia penale negoziata e ragionevole durata del processo*, in *Cass. pen.*, 2006, 3406 ss.

²⁷ Per l'analisi dell'art. 129 c.p.p. nei vari riti speciali cfr. ampiamente L. SCOMPARI, *Il proscioglimento immediato nel sistema processuale penale*, Torino, 2008, 187 ss. e A. M. CAPITTA, *La declaratoria immediata delle cause di non punibilità*, Milano, 2010, 115 ss.

(cfr. artt. 444 c. 2 c.p.p.) e le relative decisioni non fanno stato in altri giudizi (cfr. artt. 651 e 652 c.p.p.). Il legislatore è consapevole che i rispettivi provvedimenti non sono idonei a costituire alcun vincolo; essendo privi di un accertamento pieno, applicazione della pena e decreto di condanna esauriscono i propri effetti nel procedimento in cui sono stati resi.

La sanzione non segue a una piena affermazione di responsabilità, ma è la mera conseguenza di una ben precisa condotta dell'imputato che, con le sue decisioni (non opponendosi al decreto di condanna o concordando la misura della pena), si sottopone volontariamente a una "punizione" senza processo.

Analoga struttura presiede il procedimento della messa alla prova, dell'ammissione alla oblazione o della declaratoria di estinzione del reato a seguito di condotte riparatorie. Nella prima ipotesi, la legge (art. 464-*quater* c. 1 c.p.p.) prevede espressamente che prima di provvedere sulla sospensione il giudice debba valutare se sussistono gli estremi per una pronuncia ai sensi dell'art. 129 c.p.p. La *ratio* è quella di evitare che l'imputato sia sottoposto al programma di trattamento elaborato con l'ufficio di esecuzione penale esterna quando *ex actis* emerge la sua estraneità al fatto di reato. In occasione della richiesta di oblazione (comunque prima dell'apertura del dibattimento: cfr. artt. 162 e 162-*bis* c.p.) e/o della predisposizione di precise condotte riparatorie, invece, l'operatività dell'art. 129 c.p.p. è implicita; anche in queste due ipotesi, però, i rispettivi profili sanzionatori degli istituti richiamati operano senza un preventivo accertamento pieno della colpevolezza dell'imputato. Va da sé che considerazioni del tutto simili accompagnano anche la declaratoria di estinzione del reato a seguito di remissione di querela, che, potendo intervenire in qualsiasi momento del procedimento, è anzi del tutto indipendente dall'*iter* volto all'accertamento della fondatezza dell'accusa.

3.2.

Dosimetria e aspetti premiali.

Come è noto, il legislatore del processo prevede riduzioni sensibili di pena sia nel rito monitorio sia nel patteggiamento (artt. 459 c. 2, 460 c. 2 e 444 c. 1 e 1-*bis* c.p.p.). È altresì prevista una riduzione della pena in caso di condanna all'esito del giudizio abbreviato.

Nei primi due casi, la riduzione si accompagna anche ad altri incentivi. Sul piano della sanzione i relativi provvedimenti non comportano la condanna alle spese del procedimento né l'applicazione di pene accessorie; dopo un certo periodo senza che l'imputato commetta ulteriori reati i reati si estinguono e cessa ogni effetto penale (art. 445 c.p.p.). Nei limiti di quanto previsto dagli artt. 163 ss. c.p. è possibile subordinare la pena alla sospensione condizionale (art. 444 c. 3 c.p.p.). Anche il fatto che entrambe le statuizioni non abbiano alcuna rilevanza nei giudizi civili e amministrativi costituisce un ben preciso incentivo per i due giudizi. Come si è appena osservato, infatti, in questi casi l'azione di risarcimento danno è rimessa alle cure del giudice civile.

Le fattispecie su cui possono incidere gli strumenti di mitigazione in discorso non sono di poco conto. La fascia di reati per cui è possibile ricorrere al rito monitorio, specie se si considera come la recente l. 103/2017 abbia adeguato l'importo per la conversione della pena pecuniaria (cfr. art. 459 c. 1-*bis* c.p.p.), raccoglie ipotesi non solo bagatellari: la diminuzione sino alla metà del minimo edittale della pena detentiva entro i sei mesi, per cui è quindi possibile disporre la conversione nella sanzione pecuniaria, interessa condotte punite in astratto anche con un anno e più di pena detentiva. A sua volta il patteggiamento, specie nella forma cd. "allargata", ormai comprende un insieme di fattispecie dalla gravità medio-alta²⁸. Se a questi due istituti si aggiunge il rito abbreviato, accessibile per qualsiasi ipotesi criminosa (cfr. art. 442 c. 2 c.p.p.), il capitolo propriamente processuale del sistema sanzionatorio può dirsi completo.

L'istituto dell'oblazione disciplinato nell'ambito del diritto penale sostanziale, (cfr. artt. 162

²⁸ Già G. MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., 168 [§ 3.2.2] prima ancora della riforma che avrebbe introdotto nel 2006 il cd. "patteggiamento allargato", osservava come «il limite di due anni di pena detentiva patteggiabile in primo grado consent[isse] un "commercio con la giustizia" che può abbracciare reati molto gravi, declassati a reati bagatellari».

Secondo E. DOLCINI, *op. cit.*, 38, il patteggiamento «sostanzialmente nullifica la risposta sanzionatoria (...)». È almeno dubbio che ancora si possa parlare di punizione a fronte di un meccanismo processuale che riduce il trattamento sanzionatorio ad un'entità poco più che simbolica. Prevenzione generale significa non solo deterrenza, ma anche orientamento culturale: l'effetto generalpreventivo postula cioè l'interiorizzazione da parte dei consociati delle valutazioni politico-criminali espresse dal legislatore attraverso la norma incriminatrice; e questa possibilità appare preclusa se il cittadino ha dinanzi agli occhi una giustizia penale disposta a ridurre gravi reati a bagatelle, e ciò soltanto in funzione della docilità processuale dell'imputato».

e 162-bis c.p.), prevede la riduzione sino a un terzo o alla metà del massimo della pena pecuniaria comminata a seconda che la contravvenzione per cui si procede sia punita con la sola pena dell'ammenda ovvero con pena alternativa, nel qual caso è richiesto altresì il ripristino dello stato dei luoghi.

I confini del sistema sanzionatorio non sono univocamente tracciati nell'ambito del codice penale, ma trovano un loro spazio nel codice di rito. Il processo entra a far parte a pieno titolo del sistema sanzionatorio non solo nella prospettiva del giudice che, all'esito dell'accertamento della fondatezza della domanda penale, deve provvedere in ordine al *quantum* di pena.

Il legislatore processuale si affianca a quello del diritto sostanziale e, al fine dell'individuazione della commisurazione della pena, il bilanciamento tra bene protetto dalla norma incriminatrice e disvalore del fatto si estende sino a considerare l'"incognita" processuale. Per le categorie di reati indicati nel codice di rito, il legislatore del processo riduce la sanzione penale in forza di condotte che, in vario modo, riducono i costi del processo.

Il processo, pena di per sé, diviene merce di scambio proprio per i profili sanzionatori²⁹. Alla rinuncia alla pena del processo corrisponde una diminuzione della pena detentiva o pecuniaria che verrà quindi irrogata in una misura diversa da quella che sarebbe stata irrogata senza la diminuzione per il rito.

La sanzione è disposta all'esito di valutazioni che, in un sistema a più variabili, prendono in considerazione sia profili di diritto penale sostanziale sia aspetti processuali.

3.3. *Volontarietà e sanzione.*

Nei riti speciali a carattere premiale la sanzione può prescindere dall'accertamento, che rileva solo se, e nella misura in cui, può essere "risparmiato" alle risorse dello Stato proprio a seguito della scelta di quel tipo di giudizio.

Dal punto di vista dell'imputato la sanzione diviene una scelta: una scelta che incide anche sulla funzione della conseguente pena.

Non opporsi al decreto penale, concordare o accettare una determinata sanzione in caso di patteggiamento o, rispettivamente, di oblazione; adoperarsi per risarcire il danno al fine di ottenere una declaratoria di non punibilità in presenza appunto di condotte riparatorie ovvero una remissione di querela in caso di reati condizionati all'istanza di punizione della persona offesa; proporsi per lavori di pubblica utilità e/o attivarsi per riconciliarsi con la vittima ovvero ancora, anche in tal caso, adoperarsi per eliminare le conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato in caso di messa alla prova; accettare un giudizio "allo stato degli atti": sono tutte condotte che presuppongono considerazioni molto articolate da parte dell'indagato o imputato. Da una parte c'è il processo e le sue forme di stigmatizzazione, dall'altra una serie di comportamenti che consentono di evitare la gogna mediatica³⁰.

Nel chiedersi se «il processo penale può connotarsi con i tratti di una funzione rieducativa del condannato», la dottrina processualista si è soffermata proprio e in particolare modo sui riti speciali³¹. La ricerca di una risposta, ancora lontana da soluzioni univoche e definitive, passa attraverso la valutazione delle scelte che l'imputato è chiamato ad assumere una volta che l'autorità giudiziaria sia stata posta a conoscenza della *notitia criminis*.

Non si tratta di indugiare sul sospetto, in realtà un ossimoro, secondo cui sarebbe lo stesso accusato, con una condotta in senso lato "autoconfessoria", a sottoporsi alla pena a prescindere da una sua formale condanna. Ci si deve interrogare sui profili valoriali che tali scelte rivestono al fine della sua (eventuale) risocializzazione.

Prima ancora di far risparmiare allo Stato costi e risorse, l'imputato che accetta a vario tito-

²⁹ Cfr. analogamente T. PADOVANI, *Fuga dal carcere*, cit., 74, secondo il quale «per contrastare il fenomeno [della tirannia del tempo che «rende discrezionale ciò che ci si ostina a definire obbligatorio»], ci si è aperti al mercato: la brevità del processo è divenuta ragione di scambio con la riduzione del carico sanzionatorio».

³⁰ Non si dimentichi a questo proposito che il giudizio abbreviato di regola non è pubblico (cfr. art. 441 c. 3 c.p.p.).

³¹ G. SPANGHER, che apre il proprio intervento (*La funzione rieducativa*, cit., 1230) con la domanda citata, prosegue rispondendo affermativamente con specifico riguardo alle declaratorie di non punibilità per la particolare tenuità del fatto (art. 131-bis c.p.) o a seguito di condotte riparatorie (art. 162-ter c.p.), con riferimento alla messa alla prova nonché agli istituti del patteggiamento, del decreto penale di condanna e dell'oblazione, sino a ragionare intorno alla sospensione condizionale della pena.

Sugli specifici «connotati processuali e sostanziali della premialità negoziata» (titolo del relativo § 2), cfr. ancora R. ORLANDI, *ult. op. cit.*, 260-262, e più di recente M. CAPUTO, *Colpevolezza della persona fisica e colpevolezza dell'ente nelle manovre sulla pena delle parti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 148 ss.

lo una certa sofferenza senza un accertamento definitivo o tiene condotte riparatorie e, in certi casi, riesce altresì a comprendere il danno arrecato conciliandosi con la sua vittima, dimostra in modo abbastanza univoco la sua propensione a reinserirsi nel contesto della società civile³².

4.

Alla ricerca di una (impossibile) sintesi.

Se non è inquadrabile univocamente il rapporto tra diritto e processo penale, ancora più articolata è la relazione tra questi due ambiti nell'ottica della pena. L'attuale "sistema sanzionatorio", se ancora di "sistema" si può parlare, è un insieme di forze che convergono e/o divergono con risultati non sempre prevedibili.

Il legislatore persegue funzioni generalpreventive e retributive tanto con il giudizio esemplare, come nel rito immediato cautelare, quanto con elevate sanzioni edittali. La funzione specialpreventiva è affidata sia alla valutazione del giudice circa la congruità della pena nel rispetto dell'art. 129 c.p.p. sia alle decisioni dell'imputato. Quella in senso lato risocializzante costituisce il prodotto vettoriale delle condotte dell'accusato, della persona offesa e del pubblico ministero in tutti i diversi riti alternativi, dalla messa alla prova agli accordi sulla pena (o sulla non irrogazione della stessa in caso di estinzione del reato).

Le diverse forme attraverso cui l'ordinamento reagisce all'illecito trascinano in spazi e luoghi governati da principi differenti e non sempre coerenti con gli scopi dell'asserito sistema sanzionatorio.

L'esemplarità del rito pregiudica i diritti dell'imputato al "giusto processo". L'accesso ai giudizi premiali altera il senso della pena, calibrata su parametri diversi dal fatto di reato³³. Gli accordi tra accusato e vittima aprono le porte del sacro recinto del rito, da tempo riservato agli attori pubblici. Il reinserimento sociale dell'imputato (non necessariamente condannato) si colloca all'incrocio di esigenze economiche o di mercato (l'efficienza del processo e la diminuzione del carico) e istanze etiche (il suo coinvolgimento in condotte in senso lato riparatorie).

Le domande a cui lo studioso deve rispondere riposano entro i confini frastagliati di una logica *fuzzy*³⁴, che non consentono una successione argomentativa meramente lineare. Le teorie della pena oggi non possono più prescindere dal processo; e lo studio del rito non può più ignorare le relative ricadute sostanziali.

³² E. AMODIO, *Vitalità della codificazione nell'esperienza penale postmoderna*, in L. Storioni, G. Insolera (a cura di), *Gli ottant'anni del Codice Rocco*, Bologna, 2012, 61, parla del «valore insito nella autoimposizione della pena che si realizza a mezzo dell'accordo. L'accordo — si dice — comporta che l'imputato scelga e accetti la sanzione prima che gli venga inflitta. E quindi non ha più davanti a sé il giudice con l'elmetto che gli dice qual è la pena che dovrà scontare. Nel patteggiamento quel tanto che si perde sotto il profilo della legalità un po' flessibile, si recupera sul piano morale e rieducativo dell'autodeterminazione del trattamento sanzionatorio riconosciuto a priori giusto dall'imputato che lo individua ancor prima della pronuncia del giudice».

³³ Cfr. in particolare D. PULITANÒ, *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 509 [§ 3.1] secondo cui nel caso dei riti premiali «la commisurazione della pena viene differenziata secondo criteri che non hanno a che fare né con la gravità del fatto, né con la colpevolezza dell'autore: la riduzione di pena per la scelta del rito (o per la mera accettazione del rito, nel caso di decreto penale non opposto) è fuori e contro i criteri della proporzione retributiva. È pure fuori dell'ottica della prevenzione speciale: la scelta (o accettazione) d'un rito semplificato non ha, di per sé, alcun significato per la valutazione della personalità dell'imputato e dell'eventuale 'bisogno di pena'. Potrebbe caso mai essere legata ad altri elementi che abbiano un tale significato (per es. un'eventuale ammissione di responsabilità); ma il rilievo di tali elementi sarebbe del tutto indipendente dalla scelta del rito, e valutabile nei limiti della 'normale' commisurazione della pena».

³⁴ Per tutti con diversi spunti nell'ambito del diritto penale cfr. F. PUPPO, *Logica fuzzy e diritto penale nel pensiero di Mireille Delmas-Marty*, in *Criminalia*, 2009, 631 ss.

Crisi del sistema sanzionatorio e prospettive di riforma: un dialogo tra storia, diritto ed arte

Crisis of the Criminal Sanctions System and Perspectives for Reform: a Dialogue between History, Law and Art

GRAZIA MANNOZZI

*Professore ordinario di Diritto penale presso l'Università dell'Insubria
grazia.mannozzi@uninsubria.it*

GIUSTIZIA, PENA, CARCERE, CASTIGO, GIUSTIZIA RIPARATIVA,
MULTIDISCIPLINARIETÀ, "SCUOLA DI ATENE", "ALLEGORIA
DELL'INGIUSTIZIA", "CARCERI D'INVENZIONE"

JUSTICE, SANCTION, IMPRISONMENT, PUNISHMENT,
RESTORATIVE JUSTICE, MULTIDISCIPLINE, "SCHOOL OF
ATHENS", "ALLEGORY OF INJUSTICE", "IMAGINARY PRISONS"

ABSTRACT

Il sistema sanzionatorio è caratterizzato da una storia complessa, in cui norme di diritto penale sostanziale, componenti criminologiche e dinamiche processuali, influenze teologiche, ratio politico-criminali e teorie architettoniche si sono costantemente intrecciati. Attraverso tre opere d'arte – una sorta di guida ideale per la simbologia in esse contenuta – questo scritto ricostruisce il percorso che ha portato al superamento delle pene più crudeli e inumane, all'affermarsi della centralità del carcere, alla nascita delle misure alternative e alla progressiva crescita di attenzione per i diritti umani nel contesto delle logiche sanzionatorie. Per il tramite del dialogo tra storia, diritto ed arte si tenta una riflessione sul presente del sistema sanzionatorio e sui percorsi possibili di un suo rinnovamento a partire da più consolidati eppure fragili fondamenti teorici.

The history of the criminal sanction system is complex: there has been a constant intertwining between penal norms, criminological features, procedural developments, theological influences, criminal policies, architectural theories. By referring to three artworks and their ideal symbolism, this essay intends to analyse the path that has led to the overcoming the most cruel and inhuman punishments, progressively affirming the pivotal role of prison, establishing intermediate sanctions, increasing awareness for human rights within the punishment mind-set. Thanks to a dialogue between history, law and art, it aims to reflect both on the present state of the criminal sanction system and on its needs for renovation, starting from the consolidated and yet fragile theoretical foundations.

SOMMARIO

1. La crisi del carcere: un *excursus* tra diritto ed arte. – 2. Prima immagine: la «Scuola di Atene», metafora dell'esigenza della multidisciplinarietà. – 3. Seconda immagine: l'«Allegoria dell'ingiustizia», metafora della giustizia distante dalle parti in conflitto. – 4. Terza immagine: le «Carceri d'invenzione», metafora della perdurante centralità della pena detentiva. – 5. Conclusioni.

*I limiti del mio linguaggio significano i limiti del mio mondo*¹.
(L. Wittgenstein)

1.

La crisi del carcere: un *excursus* tra diritto e arte².

La ricchezza straordinaria dei saggi raccolti in questo volume, il cui *fil rouge* è il dialogo tra diritto e storia, suscita una molteplicità di riflessioni che è difficile ricondurre a unità affidandosi alla sola forza comunicativa delle parole, sebbene sia indubbio che tanto «l'universo normativo», quanto la storiografia, siano composti prevalentemente proprio di «parole»³.

La storia, attraverso la narrazione, mantiene la memoria, ricostruisce e interpreta i fatti del passato. Il diritto regola l'intera esistenza umana, la sua «fisiologia» e la sua «patologia». Le parole della storia analizzano, specificano, distinguono, racchiudono, descrivono, evocano realtà, riassumono, limitano, illustrano, semplificano. Quelle del diritto autorizzano, regolano, prescrivono, ordinano, consentono, facoltizzano, descrivono, certificano, vietano, accusano, condannano, assolvono.

Le parole del diritto e della storia sono importanti, sia quelle *dette*, sia quelle *non dette*. Sostiene Borgna: «Noi siamo di continuo responsabili delle parole che diciamo, e di quelle che dovremmo dire e non diciamo»⁴.

Nel diritto, come nella storia, la scelta di una parola è un atto di grande responsabilità: nel primo caso, la parola trasmette frequentemente un performativo⁵, che la rende immediatamente produttiva di effetti. C'è la parola-performativo che veicola la possibilità della giustizia o che, al contrario, suggella definitivamente un'ingiustizia; ma c'è anche la parola non detta, che disconosce o addirittura nega l'esistenza di un diritto. Analogamente, nella storia, c'è la parola che agevola la comprensione dei fatti, che fluisce nella ricerca della verità e quella che quegli stessi fatti, intrinsecamente irriducibili e ostinati⁶, li respinge, li distorce o li oblia⁷. Nel discorso negazionista, ad esempio, le parole del diritto e quelle della storia hanno un terreno di incontro (o forse sarebbe meglio dire di «scontro») quanto mai doloroso e fertile di possibili effetti nefasti⁸.

La parola *scelta* deve essere una parola *pensata*: ha un potere straordinario derivante dal fatto che, una volta pronunciata, fa «deserto», perché esclude tutte le altre parole. Soprattutto quando si cerca una sintesi, la parola chiede una selezione oculata, una precisione quasi chirurgica ma, al contempo, è costretta ad arrendersi di fronte ai propri limiti cognitivi⁹. E allora si sente l'esigenza di rivolgersi a qualcosa di diverso dalla parola: alle *metafore* o ai *simboli*,

¹ L. WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus e Quaderni 1914-1916*, a cura di A. G. Conte, Torino, 1995, 88.

² La commistione tra diritto e arte che caratterizza spesso i miei scritti non è casuale. Colgo l'occasione per esprimere la mia gratitudine nei confronti della Professoressa Luciana Cantarini, che negli anni del liceo mi ha comunicato interesse e passione per la storia dell'arte, schiudendone la bellezza, i significati espressi e quelli reconditi, nonché la complessa valenza simbolica. Le sue parole si sono iscritte nella memoria e, nel mio percorso di ricerca giuridica, sono tornate alla mente, come sospese tra razionalità e intuizione, sempre al momento giusto, fornendo molteplici motivi di ispirazione.

³ L'espressione è un adattamento dalla formula di F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Bari, 1981, 766.

⁴ E. BORGNA, *Le parole che ci salvano*, Torino, 2017, VIII.

⁵ Cfr. L. AUSTIN, *How to do Things with Words: The William James Lectures delivered at Harvard University in 1955*, Oxford, 1962, trad. it. *Come fare cose con le parole*, Genova, 1987. Sostiene che la formula giuridica sia «l'antenata del performativo, nel senso che le parole assumono forma di atto» A. GARAPON, *Bien Juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, 2001, trad. it. *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario* (2001), trad. it., Milano, 2007, 126 (ma v. anche 123).

⁶ S. VECA, *La priorità del male e l'offerta filosofica*, Milano, 2005, 26. Per questa fortunata espressione, v. A. NORTH WHITEHEAD, *La scienza e il mondo moderno* (1926), Torino, 1979.

⁷ Interessante, tra diritto e storia, il tema della calunnia, dinamica criminosa a sua volta fatta di parole. Sulla calunnia anche come «ammonimento ai giudici» v., a livello iconografico, L. VIVIANI, *La calunnia di Apelle: un reperto di antica arte contemporanea*, Firenze, 2011, 34.

⁸ Tra i molti riferimenti possibili, E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012.

⁹ C. BAZZANELLA, *Linguistica cognitiva. Un'introduzione*, Roma-Bari, 2013.

entrambi capaci di produrre delle estensioni di significato tramite l'associazione categoriale ad altro dominio.

Di opere che ricorrono alla forza dei simboli è disseminata la letteratura. Punto di riferimento fondamentale possono essere considerati taluni compendi ragionati delle infinite simbologie in cui si incrociano diritto, etica, religione, mito, rito e sapienza antica: basti pensare alla Iconologia di Cesare Ripa¹⁰, il quale, propone uno «Zibaldone» delle virtù, dei sentimenti e degli atteggiamenti umani; o al Libro degli Emblemi di Andrea Alciato¹¹; ma anche ai tarocchi del Mantegna¹², in cui compare una figurina di «Giustizia» iconograficamente significativa, poi ripresa dal Dürer¹³.

E allora, a partire da queste considerazioni sulle parole, e per liberare la possibilità di altri linguaggi e di ulteriori percorsi di ricerca, ho selezionato tre opere dallo sconfinato panorama artistico italiano, cercando una sintesi possibile, una guida, una bussola per ricondurre ad unità il volume.

L'arte, non a caso, riesce ad esprimere con una cifra simbolica coloristica e allegorico-rappresentativa le paure, le angosce, le speranze, i turbamenti e le crisi, evoca il passato e prefigura il divenire, narra il dicibile e l'indicibile, la violenza e la pace, l'immanente e il trascendente, il reale e l'immaginabile, il sogno e l'incubo.

Proverò dunque a rendere per immagini l'esito delle riflessioni emerse in quest'opera collettanea muovendo da tre opere d'arte, scelte tra le innumerevoli possibilità di tesori e di capolavori di inestimabile valore, degni di attenzione.

2.

Prima immagine: la «Scuola di Atene», metafora dell'esigenza della multidisciplinarietà.

La prima immagine è la «Scuola di Atene», di Raffaello Sanzio¹⁴. L'opera esprime, in un certo senso, lo spirito del tema trattato – quello della crisi del sistema sanzionatorio – attraverso la duplice prospettiva giuridica e storica.



Figura 1: Raffaello Sanzio, *Scuola di Atene* (affresco, 1509-1511) - Stanza della segnatura, Musei Vaticani.

La Scuola di Atene rappresenta infatti l'apoteosi del dialogo tra le discipline e pone al centro la persona. Raffigurando i più celebri filosofi e matematici dell'antichità assorti nella conversazione o nella scrittura e collocati all'interno di un ideale edificio rinascimentale – il tempio della filosofia immaginato da Marsilio Ficino – la rappresentazione pittorica contiene una ricchezza di significati allegorici che rimandano alla *molteplicità* e alla *co-essenzialità* dei diversi saperi. L'importanza della sinergia tra le diverse discipline è affidata a un *escamotage* cronologico: annullando le distanze temporali tra i personaggi, si rende possibile la comunicazione tra questi ultimi e si evoca la possibilità dell'incontro delle conoscenze umane mediante la parola scritta e consegnata alla storia.

¹⁰ C. RIPA, *Iconologia*, a cura di P. Buscaroli, Milano, 1992.

¹¹ A. ALCIATO, *Il libro degli emblemi*, consultato nella edizione Adelphi, Milano, 2009 (in part., si veda l'emblema XIII, sulla parola che non deve arrecare ingiuria, 91 ss.), che compare anche nella Iconologia di Cesare Ripa.

¹² C. DORSINI, *I tarocchi del Mantegna*, Milano, 2017.

¹³ E. SCHEIL, *La Melancholia § I di Dürer e la Giustizia*, in *Scienza & Politica*, 2008, 97, disponibile a: <https://scienzaepolitica.unibo.it/article/view/2750/2147>.

¹⁴ «La Scuola di Atene», di Raffaello Sanzio, è una grandiosa opera pittorica contenuta nella sede della *Segnatura Gratiae et Iustitiae*, il più alto tribunale della Santa Sede, presieduto dal Sommo Pontefice.

Perfetta dunque appare, quest'opera, per rappresentare il dialogo tra diritto e storia, e la fecondità di quest'ultimo in termini di comprensione del presente attraverso il passato: della storia attraverso l'evoluzione del diritto e del diritto attraverso il dispiegarsi della storia.

Loredana Garlati ha offerto un affresco straordinario delle *Pratiche criminali* succedutesi nel corso dei secoli. A partire dalle suggestioni oniriche del celebre ritratto della Giustizia di Edgar Lee Master, ha individuato le tappe del rito di passaggio tra giustizia *negoziata* e giustizia *egemonica*, ponendosi nel solco della imperitura lezione di Mario Sbriccoli.

Da tale dinamica evolutiva, la pena esce profondamente trasformata quanto a criteri di legittimazione e *ratio* politico-criminale. Tra pena di morte e carcere – inizialmente collocato in *loco obscuro, tetro et subterraneo* – si snoda la vicenda della penalità, divisa tra i condizionamenti dello *ius civile*, in cui il carcere è plasmato dall'idea romanistica di svolgere una funzione cautelare, e quelli dello *ius canonicum*, in cui la pena è contaminata da logiche eticizzanti di espiazione e di emenda. Il percorso ricostruttivo mostra le difficoltà e le aporie, i dubbi dogmatici e le incertezze dell'idea di pena che, pur rimanendo intesa come afflizione, progressivamente si discosta dalla brutalità medievale per approdare a un'idea di umanità già presente nella dogmatica di metà Ottocento.

Nel saggio di Loredana Garlati ha trovato perfetta risonanza quello, di esordio, di Francesco Palazzo, il quale ha tratteggiato una *summa* dei fattori di crisi e delle possibilità del sistema penale, facendo sua la considerazione di Paolo Grossi che, smarrito l'orientamento dell'agire, *la storia aiuta a ritrovare la linea*.

E allora, una volta evocati i molteplici fattori di crisi del sistema penale – umanitario, di efficienza, di effettività, e ideologico, quest'ultimo profondo e irreversibile – Palazzo ha stagiato la contraddizione profonda tra *crisi del carcere* e *crescente ricorso al carcere*. L'andamento narrativo degli orrori e delle speranze della storia è parso quasi come un controcanto, rispetto alla ricostruzione del presente, contrassegnato dalla ricerca di modelli sanzionatori che possano «insidiare» il primato della pena detentiva. Le *pene edittali non detentive* sono una strada percorribile; l'altra, ideologicamente rivoluzionaria, è quella della *giustizia riparativa*, vista da Francesco Palazzo come la vera alternativa, pur nella consapevolezza della necessaria *complementarità* del paradigma della *restorative justice* con il sistema penale.

Il metodo multidisciplinare – che ha il suo vertice artistico ne La Scuola di Atene – ha dato i primi frutti: la storia sta aiutando a ritrovare la linea¹⁵.

Multidisciplinarietà è un'espressione, polimorfa e forse abusata, tipicamente utilizzata quando si intende lavorare sulla conoscenza¹⁶ ma che qui intendo recuperare nella sua accezione nobile, come attenzione filologica al passato e al linguaggio. Il modello di riferimento è quello dei grandi umanisti italiani ed europei del Trecento e del Quattrocento, i quali hanno studiato con rigore metodologico le qualità che hanno reso grandi le civiltà greca e romana. Ancora una volta, la storia ha da insegnare anche quanto al *metodo*.

Se questo è vero, a partire dalla riflessione di Francesco Palazzo sulle opzioni di politica criminale e sanzionatoria vi è da chiedersi: come ci vedranno tra cento o duecento anni gli storici? Cosa diranno di noi che discutiamo di una crisi del carcere che non è vera crisi, perché il carcere mantiene ancora la sua centralità ideologica e operativa? La pena detentiva è sanzione da cui vogliamo prendere le distanze ma che resta fondamentale nel nostro sistema al punto che si potrebbe parlare di una «centralità della distanza»; la stessa, peraltro, che caratterizza le corti di giustizia, la cui struttura architettonica, la collocazione frequentemente nel centro cittadino, l'ambiente asettico, l'assenza di simboli religiosi secondo un modello di amministrazione della giustizia laicizzato, il predominio della «Legge» – la cui dicitura compare a caratteri cubitali nelle aule di udienza o sullo scranno del giudice – fanno dei tribunali dei «non luoghi» della giustizia.

¹⁵ Sulle origini storico-giuridiche, antropologiche e teologiche ma anche linguistiche della giustizia riparativa sia consentito rinviare a G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017, 47-88.

¹⁶ Un riferimento tra i molti, E. MORIN, *Les sept savoirs nécessaires à l'éducation du futur*, Paris, 1999, trad. it. *I sette saperi necessari all'educazione del futuro*, Milano, 2001.

3.

Seconda immagine: l'«Allegoria dell'ingiustizia», metafora della giustizia distante dalle parti in conflitto.

La seconda immagine che credo riassume il senso profondo dei saggi qui raccolti potrebbe essere l'«Allegoria dell'ingiustizia», di Giotto di Bondone.

L'intera rappresentazione è predominata da una figura maschile: un giudice dallo sguardo severo e minaccioso siede su un trono collocato all'interno di un'architettura immaginaria, che evoca un castello diroccato. Lo sguardo è distante e la sua postazione si erge solitaria e arrogante, al di sopra degli alberi. I suoi occhi, perciò, non colgono la scena di violenza e sopraffazione che si svolge ai suoi piedi.

Questa distanza o meglio questa sproporzione tra la figura del giudice e l'altezza degli alberi rimanda al superamento di una concezione di giustizia che invece appartiene profondamente alla nostra tradizione. L'amministrazione della giustizia nasce antropologicamente all'insegna del «sacro»¹⁷, quale spazio dignitoso e della pensosità individuato dall'albero. Quest'ultimo diventa *locus* di giustizia: si pensi alla tradizione agiografica che narra di San Luigi, il quale amministrava la giustizia sotto una quercia del bosco di Vincennes¹⁸.



Figura 2: Giotto di Bondone, Allegoria dell'ingiustizia (afresco, 1306) - Cappella degli Scrovegni, Padova.

Cosa resta ormai della componente simbolica data dal legno degli alberi? Il legno è il materiale con il quale ancor oggi sono solitamente costruite le balaustrate che separano la zona in cui siede la corte – dove avviene lo *jus dicere* – da quella del pubblico, memoria di una sacralità del giudizio ora «annegata» nella gestione informatica e nella quantità ingestibile del contenzioso. La giustizia dei tribunali e dei codici è una giustizia che ha perso il senso antropologico del «sacro» ma soprattutto quello dell'*ascolto*, della *narrazione* e del contatto con la comunità. Solo con la Commissione Verità e Riconciliazione (la c.d. TRC sudafricana) si recupera la valenza dialogica e di stabilizzazione sociale della giustizia, la *prossimità* del diritto quale strumento di giustizia con la comunità. L'esperienza sudafricana è quella di una giustizia articolata e dall'*iter* complesso, ma pur sempre di una giustizia «sotto l'albero». Nel 1995, Nelson Mandela convoca una nazione perché partecipi a un fare giustizia all'insegna dell'albero della parola¹⁹. A più di venti anni dall'esperienza sudafricana, la Colombia si muove secondo logiche di giustizia riparativa, istituendo un sistema di giustizia speciale transitorio e indipendente – il *Sistema integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición* – che pone una complementarità tra sistema repressivo e *restorative justice*, dove la *parola* è protagonista²⁰.

¹⁷ Cfr. A. GARAPON, *Del giudicare*, cit., 10; R. PARADISI, *Il logos del processo*, Torino, 2015, 97. Cfr. anche R. GIRARD, *La violenza e il sacro*, Milano, 1980.

¹⁸ Cfr. J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, 2001, trad. it. *Flessibile diritto. Per una sociologia del diritto senza rigore*, Milano, 1997.

¹⁹ La giustizia riparativa, quale giustizia di prossimità, sembra proprio ritornare alla simbologia dell'albero. Chi è chiamato a gestire una controversia restituita alle parti diventa promotore di una «giustizia sotto l'albero», come spiega Desmond Tutu, riprendendo un'ancestrale tradizione africana in base alla quale, sotto l'ombra di un grande albero, la gente narra la propria storia, si ricompongono le liti e i conflitti. È da una siffatta concezione che parte la Commissione verità e riconciliazione sudafricana, su cui v. D. TUTU, *No Future without Forgiveness*, New York, 1999, trad. it. *Non c'è futuro senza perdono*, Milano, 2001.

²⁰ Il *Sistema integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición* è stato istituito per svolgere, nell'arco di dieci anni, i seguenti compiti: accertare fatti e responsabilità, definire le riparazioni morali e materiali da corrispondere, assicurare il sostegno umanitario e psicosociale oltre che le riparazioni alle vittime, punire i colpevoli delle FARC e dello Stato con pene alternative al carcere di 5-8 anni per chi confesserà i reati commessi (e tutto quanto in loro conoscenza sul narcotraffico), e la concessione di amnistia o indulto per i responsabili di delitti solo politici e per i bambini-soldato di meno di 15 anni. Per un primo inquadramento v. M. ZUPI, *La Colombia e il processo di pace*, in *Osservatorio di politica internazionale*, n. 72, febr. 2017, disponibile a: http://www.cespi.it/sites/default/files/documenti/2017_zupi_colombia_processo_di_pace.pdf.

Esperienza straordinaria quella della giustizia di transizione²¹, purtroppo non replicata da Slovacchia, Ungheria, Repubblica Ceca, dove pure ci sono state violazioni massive dei diritti umani.

Quanto alla giustizia domestica, essa ha talvolta lo sguardo del giudice arcigno affrescato da Giotto: le deriva da crisi e ineffettività, mai davvero curate da politiche criminali aventi *ratio* non sempre univoca.

In primo luogo, la pena è intrinsecamente «in crisi» per la fragilità dell'assunto di fondo: il «raddoppio del male»²². L'antico vizio di origine, che sovrappone punizione e afflizione, si colloca al crocevia della cultura greca – dove la pena è corrispettivo e perciò reclama *proporzionalità* – e la cultura semitica, dove la pena è sofferenza, espiazione, purificazione castigo (appunto dal latino *castus*). Nicola Miletti, richiamando il pensiero della Scuola Positiva, si è soffermato sulla misura della pena, della simmetria, semplicemente presunta o fissata *ex lege*, e delle difficoltà che incontrano dapprima il legislatore e poi il giudice nella dosimetria sanzionatoria, evocando l'irrintracciabilità del filo che ha guidato nel labirinto.

In secondo luogo, il nostro sistema penale è ormai un insieme di norme non ben coordinate tra loro, specchio di una politica criminale che spesso governa «attraverso la paura»²³: vengono selezionate, mediante scelte di criminalizzazione primaria e di politica sanzionatoria, le forme di criminalità più visibili ma non necessariamente più pericolose. Il nemico principale appare essere la delittuosità comune, recidivante, contro il patrimonio o a base violenta, ma non la criminalità più subdola, opaca e sofisticata, come quella corruttiva o quella economica, entrambe organizzate non di rado su base transnazionale. La composizione della popolazione carceraria è lo specchio della distribuzione diseguale delle pene per i delitti. I dati statistici di uno studio condotto dall'Università di Losanna confermano, per l'Italia, la presenza di una forbice significativa tra il numero di detenuti per la criminalità comune e quello per la criminalità economica, divaricazione che non trova riscontro in altri Paesi europei, quali ad esempio la Germania o la Spagna²⁴.

Il nostro legislatore adotta costantemente, da almeno quindici anni, una duplice strategia: un *front door approach* e un *back door approach*. Da un lato, autorizza progressivi inasprimenti di pena soprattutto per quelle fattispecie che destano maggiore allarme sociale: l'incremento della misura edittale delle pene assomiglia però a un grimaldello per aprire le porte del consenso politico-elettorale. Dall'altro lato, emana riforme di settore che tendono a contenere gli effetti disnomici delle scelte di criminalizzazione primaria o degli inasprimenti delle cornici edittali per singole fattispecie ad elevato impatto statistico, i quali si riverberano sull'andamento della popolazione carceraria. In questa prospettiva, si collocano le numerose riforme volte a regolare il flusso dei detenuti in uscita agendo sulle dinamiche dell'ordinamento penitenziario e sulla fase dell'esecuzione della pena.

Nel lavoro di Chiara Perini emerge nitidamente il concetto di clemenzialismo prasseologico, che ricorre come un sinistro *leit motiv*. Il sistema penale somiglia sempre più spesso a una tela di Penelope: sullo sfondo si agita lo spettro del sovraffollamento carcerario, mentre in primo piano si evidenzia la trama sottile di riforme che, pur non essendo strutturali, si auspica abbiano comunque un impatto immediato atto ad arginare le condanne da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo per le condizioni croniche di sovraffollamento carcerario. Il saggio di Angela Della Bella è, sul punto, illuminante.

Dall'osservatorio degli storici, mi chiedo ancora cosa si dirà di noi, e del nostro legislatore dei primi lustri del nuovo millennio, che oscilla tra clemenzialismo e repressione.

La storia è un giudice severo: Voltaire disse del concilio di Efeso – convocato in una fase di crisi della cristianità sfociata nella scomunica del nestorianesimo – che fu tenuto «a colpi

²¹ A. GARAPON, *Peut-on réparer l'histoire? Colonisation, Esclavage, Shoah*, Paris, 2008, trad. it., *Chiudere i conti con la storia. Colonizzazione, schiavitù, Shoah*, Milano, 2009, 3. Sulla giustizia di transizione v., sotto il profilo costituzionale, A. LOLLINI, *Costituzionalismo e giustizia di transizione. Il ruolo costituente della Commissione sudafricana verità e riconciliazione*, Bologna, 2005.

²² L'espressione è mutuata da M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1162-1218. Sulle origini del fondamento dell'idea di pena come afflizione v. U. CURTI, *I paradossi della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1073-1086.

²³ J. SIMON, *Governing Through Crime: How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*, Oxford, 2007, trad. it. *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, Milano, 2008.

²⁴ Cfr. *Council of Europe, Annual Penal Statistics – SPACE I, Prison Populations*, Strasbourg 14.03.2017, pc-cp\space\documents\pc-cp (2016)6, disponibile al seguente indirizzo internet: http://wp.unil.ch/space/files/2017/04/SPACE_I_2015_FinalReport_161215_REV170425.pdf.

di bastone»²⁵. Cordero ricorda che a fine Settecento, un consesso di illustri giuristi, tra i quali Cesare Beccaria, discuteva con convinzione del numero delle bastonate e dei colpi di frusta, a partire dalla crisi della pena di morte e delle pene crudeli ed infamanti²⁶.

Cosa diranno, dunque, gli storici di una dottrina prudente e autoreferenziale che scrive tomi su frammenti di norme il cui esito applicativo è tutt'al più un piccolo aggiustamento della misura della sanzione detentiva, neppure apprezzabile nella motivazione, sempre opaca in punto di pena? Cosa ne sarà di volumi prolissi, dotti, talvolta autoreferenziali o persino arroganti, mentre quotidianamente il diritto che ci tutela fa le sue vittime in carcere, tra suicidi, malattie e pestaggi brutali?

Che si dirà dell'illusione di una razionalità proporzionalistica, precipitato del principio retributivo e sublimazione dello *ius talionis*, che ha in verità basi mitiche e pre-religiose, amalgamate da argomenti teologici²⁷.

A distanza di secoli dalle pene corporali ed infamanti, ormai lontani anche dalla pena di morte e dal marchio a fuoco ma ancora affezionati all'ergastolo – come ha spiegato Cristina Danusso – siamo qui a parlare di carcere, di misura della «docilità dei corpi»²⁸. Indispensabile è la privazione della libertà, per esigenze di sicurezza immediate (si pensi alla custodia cautelare), irrinunciabile per la necessità di neutralizzazione (si pensi a soggetti capaci di intendere e di volere ma socialmente pericolosi), ma rinunciabile in molti altri casi.

4.

Terza immagine: le «carceri d'invenzione», metafora della perdurante centralità della pena detentiva.

La terza immagine è tratta da una serie di capolavori del XVIII secolo: le «Carceri di invenzione», di Giovanni Battista Piranesi²⁹.

La sequenza delle Tavole di Piranesi offre una visione surreale, potente e claustrofobica della segregazione: in una luce fosca si incontrano architetture reali e impossibili, caratterizzate dall'alternanza di spazi chiusi e aperti, con scale, corridoi e ponti talvolta sospesi nel vuoto o privi di aggancio e, nonostante questo, contrassegnati da catene tanto robuste quanto apparentemente inutili, da torrette di controllo e da sbarre. La fuga da quegli spazi dall'impianto al limite del surreale, pur nella perfezione dell'inquadratura prospettica, è scoraggiata più che da ostacoli concreti, dall'essenza labirintica dei luoghi e dalla semioscurità che li circonda.

Piranesi restituisce un'immagine del carcere ipnotica, cupa e mortale, non lontana, tuttavia, dalla desolante realtà degli antichi reclusori. Pare che proprio le Tavole di Piranesi abbiano influenzato la ristrutturazione della prigione londinese di Newgate, effettuata nel 1770³⁰ sulla base dei dettami della c.d. «*architecture terrible*» di Jacques-François Blondel³¹. Mura spesse, quasi totale mancanza di finestre, aspetto esterno imponente e deliberatamente essenziale fino ad essere inegante sono stati gli ingredienti di una potente strategia comunicativa volta a ottimizzare, per il tramite della potenza comunicativa dell'immagine, la produzione di deterrenza³².

²⁵ VOLTAIRE, *Il pranzo del conte di Bolenvogliere. Del Signor San Giacinto*, anno VII repubblicano [1798-1799], 25. Cfr. anche VOLTAIRE, *Dizionario Filosofico*, Torino, 1995, 147-151.

²⁶ F. CORDERO, *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Bari, 1986, 540 ss.

²⁷ U. CURI, *Il farmaco della democrazia*, Milano, 2003, 81.

²⁸ E. RESTA, *La guerra e la festa*, in P. Costa (a cura di), *Il diritto di uccidere*, Milano, 2010, 84.

²⁹ Prodotte come serie di stampe in due edizioni, le «Carceri d'invenzione» rappresentano l'opera di Piranesi forse più famosa. Le tavole delle «Carceri» contengono immagini di architetture fantastiche, che mostrano, in una raffigurazione onirica ed inquietante, enormi sotterranei a volta con scale, possenti macchinari, catene e grate. La prima edizione è del 1745, intitolata *Invenzioni. Capricci di carceri all'acquaforte date in luce da Giovanni Buzard in Roma mercante al Corso*. Sedici anni dopo, nel 1761, viene pubblicata una seconda edizione, con il titolo di *Carceri d'Invenzione di G. Battista Piranesi Archit. Vene.*, con l'aggiunta di due nuove incisioni (da tredici passarono perciò a quindici). In argomento, M. PRAZ, *Giovanni Battista Piranesi. Le Carceri*, Milano, 1975.

³⁰ Cfr. N. AGLIARDI, *Legge, pulsionalità, scrittura. L'immaginario carcerario nella letteratura francese contemporanea*, Tesi di dottorato, Dottorato di Ricerca in Letterature Euroamericane, XXIV Ciclo, Univ. Degli Studi di Bergamo, a.a. 2010-2011, 9. V. anche P. ACKROYD, *London: The Biography*, London, 2000, trad. it. *Londra una biografia*, Vicenza, 2013. A Newgate, demolita definitivamente nel 1902, fu peraltro imprigionato Oscar Wilde, morto suicida dopo poco. P. JULLIAN, *Oscar Wilde*, Torino, 1992, (cap. 24 - La prigione).

³¹ J.F. BLONDEL, *Cours d'architecture*, Vol. I., Paris, 1771-77.

³² B. BERGDOLL, *European architecture, 1750-1890*, Oxford, 2000, 91-92.

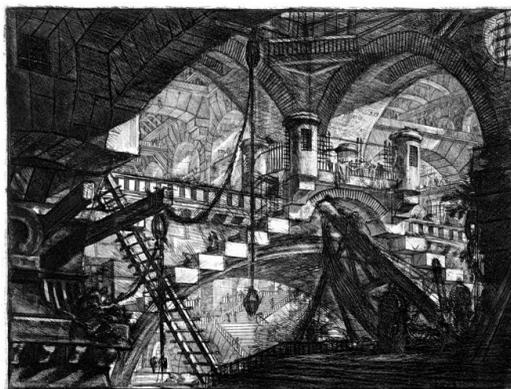


Figura 3: Giovanni Battista Piranesi, Carceri d'invenzione, Tavola IX (prima edizione).

Nel tempo il carcere è molto cambiato: da istituzione totale in cui le sanzioni detentive venivano espiate in condizioni particolarmente affittive e in una solitudine oppressiva si trasforma in penitenziario: ambisce a rieducare. Oculate scelte di *policy* portano all'interno delle mura del carcere logiche trattamentali, risocializzazione, alfabetizzazione, mediazione culturale, diritti umani: che è dire spazi aperti, la possibilità di vivere «frammenti» di affettività, istruzione, lavoro all'esterno, cure mediche, il tutto iscritto nella logica dell'esecuzione progressiva delle sanzioni. I criteri giusfilosofici di legittimazione delle sanzioni plasmano le architetture carcerarie: dal Panopticon – apoteosi della visione asimmetrica, dell'isolamento, della distanza – si giunge al modello esecutivo delle «celle aperte». Passo dopo passo, si cerca progressivamente di «snaturare» il carcere perché la segregazione appare sempre più difficile da accettare, soprattutto in una società democratica e attenta alla contenimento della recidiva. Questi profili di riflessione emergono, rispettivamente, negli scritti di Marco Nicola Miletta e Angela Della Bella.

Eppure nonostante l'attenzione ai diritti umani, i progetti rieducativo-trattamentali, il lavoro all'esterno e l'istruzione, il carcere resta un'istituzione totale, un mondo separato: in questo mondo a parte, stando ai dati del Ministero di Giustizia, ancora nel 2017 ci sono sessanta bambini che vivono e crescono in carcere con madri detenute³³. I percorsi di civiltà sono lenti.

Il carcere – come emerge dal saggio di Stefano Marcolini – continua ad essere inumano nonostante il tentativo di renderlo conforme ai diritti umani. Particolarmente problematica appare la pena dell'ergastolo³⁴: salvata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, la pena perpetua ha diritto di albergo nel nostro sistema, non essendo per così dire «chiusa alla speranza»³⁵. Lavoro e permessi premio sono possibili, per l'ergastolano, già dopo 10 anni di detenzione; la semilibertà, dopo 20 anni; la liberazione condizionale è possibilità concreta dopo 26 anni di reclusione, segmenti temporali su cui incide l'istituto della liberazione anticipata. Resta, quale nodo irrisolto del nostro sistema, l'ergastolo c.d. «ostativo», concettualmente ingombrante e con evidenti frizioni rispetto al dettato costituzionale.

C'è poi la questione dei rapporti tra pena e processo: cruciale quando il rito si discosta dal pieno dibattimento e assume le forme del c.d. patteggiamento, del giudizio abbreviato o del decreto penale di condanna. Ne ha scritto Francesca Ruggieri, ricordandoci come il processo, persa la sua funzione servente, appare una sorta di «socio tiranno» del diritto penale sostanziale, tanto da ingenerare tipizzazioni delle norme incriminatrici plasmate su indici probatori. Osserva altresì come il giudice della commisurazione sia «staccato» dalla fase esecutiva, affidata *in toto* alla magistratura di sorveglianza.

Muovendo da tale percorso argomentativo, Francesca Ruggieri prefigura l'esigenza di una relazione tra sistema sanzionatorio e processo profondamente rinnovata, in cui venga valorizzato il ruolo della persona offesa. Il processo è infatti una macchina per produrre una decisione: più è rapida e fa salve le esigenze di economia processuale, meglio è. Poco importa se dai riti abbreviati scompare ogni narrazione di giustizia e se le vittime non hanno alcuna voce, e neppure la possibilità di costituirsi parte civile. Il tempo è *Kronos* e divora la possibilità dell'ascolto e dello *storytelling*, spesso terapeutico per le vittime, le quali chiedono *verità* prima ancora che *giustizia*.

³³ C. TORRISI, *60 bambini che vivono in galera: casi irrisolti di ingiustizia italiana*, in *Ristretti orizzonti*, 2017, disponibile al seguente indirizzo internet: <http://www.ristretti.org/Le-Notizie-di-Ristretti/60-bambini-che-vivono-in-galera-casi-irrisolti-di-ingiustizia-italiana>.

³⁴ Tra le molte pronunce in materia: Corte Europ. Dir. Uomo, *Murray c. Paesi Bassi e Hutchinson c. United Kingdom*.

³⁵ Per una prospettiva del tutto peculiare sull'ergastolo v. E. FASSONE, *Fine pena: ora*, Palermo, 2015.

In definitiva, le istanze di semplificazione probatoria e di economia processuale giustificano i riti differenziati; l'istanza educativa giustifica le misure alternative, la cui stessa esistenza è, linguisticamente, la drammatica riconferma della centralità del carcere. Proprio il termine «giustificare», così chiarificatore e rassicurante, veicola però la sua profonda antitesi, perché giustifica qualcosa della cui giustizia non c'è alcuna autoevidenza.

5.

Conclusioni.

Il carcere: inaccettabile ma irrinunciabile, centrale nonostante le alternative, inumano nonostante i diritti umani, punitivo anche per chi è estraneo al reato (per esempio i familiari del reo), che compensa ma non ripara le vittime di reato. Possiamo ancora oggi chiamare il carcere «giustizia»? Chiamare, cioè, «giustizia» la privazione della libertà, l'isolamento diurno, l'ergastolo ostativo, le manette, i braccialetti elettronici, come in passato abbiamo chiamato giustizia la pena di morte, le punizioni corporali, i ferri, i ceppi, i tratti di corda, le tenaglie, la ruota, tutto il coacervo di sanzioni evocate da Cristina Danusso.

Potere enorme è quello delle parole. Sono proprio le parole il primo veicolo della violenza. Il sistema delle pene nasce da performativi linguistici che precedono gli atti.

Ma le parole possono anche costruire dinamiche virtuose: quelle del presente volume restituiscono lo sforzo corale di una riflessione sul metodo, sul linguaggio, sulla storia, sulle norme, su contenuti e modalità esecutive delle sanzioni, ma anche sulle prospettive di un possibile superamento del carcere, queste ultime emerse dall'accenno, fatto da Chiara Perini, alla riforma in cantiere³⁶, le cui anime sono quella deflativa e quella del potenziamento delle alternative al carcere.

Concludo evocando Tacito: nell'ora della prova ricordatevi di quelli che vi hanno preceduto e pensate a quelli che verranno dopo di voi.

Infliggere una pena è sempre una prova.

La storia ha molto da insegnare. Il dialogo con la storia, come ha sostenuto Francesco Palazzo, «dà la linea» e credo che, in questo caso, abbia consentito di riflettere sul passato, di comprenderne le conseguenze, di capire il presente della pena, consapevoli che solo chi conosce davvero il passato può avere speranza di non ripeterne gli errori.

Dobbiamo fare in modo di essere ricordati come coloro che avranno fatto, potendolo, anche un solo passo nel lento percorso di civiltà che da secoli, tra incertezze e inversioni di rotta, costituisce il *trend* riconoscibile del sistema sanzionatorio. Le scelte di politica criminale e sanzionatoria non dovrebbero limitarsi ad umanizzare sanzioni intrinsecamente afflittive, comminate ed irrogate secondo il paradigma del «raddoppio del male», ma dovrebbero spingersi a metterne in discussione la logica e la legittimazione.

³⁶ Cfr. la l. 23 giugno 2017 n. 103 (Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario).

LEGALITÀ PENALE E DINTORNI
NEW DIMENSIONS OF THE 'NULLA POENA' PRINCIPLE

-
- 108** **Ragioni della legalità. A proposito di Corte cost. n. 24/2017**
Domenico Pulitanò
-
- 115** **Rapporti interordinamentali e conflitti tra identità costituzionali (traendo spunto dal caso Taricco)**
Antonio Ruggeri
-
- 128** ***Oggettivo, soggettivo ed evolutivo* nella prevedibilità dell'esito giudiziario tra giurisprudenza sovranazionale e ricadute interne**
Silvia De Blasis
-
- 160** **Legittimità costituzionale del limite massimo di pena quale presupposto della non punibilità per particolare tenuità del fatto**
Attilio Nisco
-
- 172** **Garanzie costituzionali e convenzionali della materia penale: osmosi o autonomia?**
Irene Pellizzone

Ragioni della legalità. A proposito di Corte cost. n. 24/2017

Reasons of Legality On Corte Cost. N. 24/2017

DOMENICO PULITANÒ

*Professore emerito di Diritto penale presso l'Università di Milano Bicocca
domenico.pulitano@unimib.it*

PRINCIPIO DI LEGALITÀ, SENTENZA TARICCO

NULLA POENA PRINCIPLE, TARICCO JUDGMENT

ABSTRACT

La Corte costituzionale, con l'ordinanza n. 24/2017, ha instaurato un dialogo con la Corte UE sui problemi posti da eccezioni d'illegittimità costituzionale conseguenti alla sentenza Taricco. Ha evitato di opporre i principi costituzionali come controlimiti, sollecitando la CGUE a precisazioni interpretative sui punti rilevanti per la tenuta della legalità penalistica. Questa strategia diplomatica è stata recepita dalla CGUE, e ciò consolida i principi che l'ordinanza n. 24 ha enunciato.

Through its decision No. 24/2017 the Constitutional Court tries a dialogue with the Court of Justice of the European Union on the problems resulting from the *Taricco* judgment. The diplomatic strategy of the Constitutional Court was finally welcomed by the Court of Justice, which embraced and consolidated the principles stated by the Italian Constitutional Court.

SOMMARIO

1. Parole e silenzi. – 2. Principio di legalità e ripulsa del giudice di scopo. – 3. Problemi specifici della prescrizione. – 4. Problemi dell'orizzonte europeo.

1.

Parole e silenzi.

“Tarexit? La rivincita della legalità penale”: il titolo di un convegno organizzato dalla Camera penale di Firenze (3 aprile 2017) a proposito dell'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale, segnala (con il punto interrogativo) problemi aperti dalla sentenza Taricco della Corte UE (8 settembre 2015), ed esprime una valutazione forte sull'importanza della presa di posizione della Corte costituzionale. Di questa, che *espone, ma non ancora oppone i controlimiti*¹, alcuni fra i numerosi commenti² hanno accentuato l'aspetto dialogico, altri un supposto aspetto di *ultimatum*. Oggi, dopo la risposta della CGUE con la sentenza 5 dicembre 2017, la vicenda appare un esempio vincente di strategia diplomatica posta in essere da entrambe le Corti. Si è svolto un dialogo il cui esito consolida (quali che siano i problemi rimasti aperti) i principi che l'ordinanza n. 24/2017 ha enunciato.

Anche chi ha parlato di ultimatum ha giudicato “*sommamente opportuno*” il ricorso al rinvio pregiudiziale, invece che fare esplodere il conflitto con una decisione di merito³, o si è preoccupato di delimitare il campo: “*in un ultimatum solo le parole sono importanti; i silenzi, o i pensieri rimasti solo nella penna, non lo sono e non devono esserlo, per un'elementare esigenza di fairness nei confronti dell'avversario*”⁴. L'esigenza di *fairness*, che vale anche per l'ermeneutica dell'ordinanza, chiede di evitare sovrainterpretazioni; per noi giuristi un rischio professionale. Dobbiamo interpretare sia le *parole* che i *silenzi*: le parole che definiscono i contenuti, e i silenzi che escludono altri contenuti dal dialogo con l'interlocutore (non avversario). Ciò che sta nelle parole ha un senso che non si esaurisce nel dialogo con la Corte UE, ma vale come enunciazione di principi che reggono a tutto campo l'ordinamento italiano. Ciò che non sta nelle parole della Corte costituzionale va interpretato come presa di distanza da prospettazioni dei giudici remittenti, preannuncio di un dispositivo di rigetto, delimitazione di ciò che è stato preannunciato come eventuale controlimite.

Riassumerei così il punto di convergenza *ermeneutica* fra portatori di valutazioni diverse: interpretare le parole come parole, e i silenzi come silenzi. Entrambi i profili sono importanti, entrambi concorrono a individuare il modello di legalità difeso dalla Corte.

Le considerazioni che qui presento riguardano i profili più strettamente penalistici, nell'orizzonte (innanzitutto) del diritto italiano.

2.

Principio di legalità e ripulsa del giudice di scopo.

Nell'ordinanza n. 24/2017 – che ha contenuti e autorevolezza di sentenza – la Corte costituzionale ha scolpito il principio di legalità-determinatezza con una forza non consueta. È un “*principio supremo dell'ordinamento, posto a presidio dei diritti inviolabili dell'individuo, per la parte in cui esige che le norme penali siano determinate e non abbiano in nessun caso portata retroattiva*” (§. 2). Le norme del diritto penale sostanziale “*devono essere formulate in termini chiari, precisi e stringenti, sia allo scopo di consentire alle persone quali possano essere le conseguenze della propria condotta sul piano penale, sia allo scopo di impedire l'arbitrio applicativo del giudice*” (§. 5).

Anche “*il regime legale della prescrizione è soggetto al principio di legalità in materia penale... È perciò necessario che esso sia analiticamente descritto, al pari del reato e della pena, da una norma che vige al momento del fatto*” (§. 4).

Nel riconoscere la prescrizione come istituto del diritto penale sostanziale l'ordinanza è coerente con la giurisprudenza della Consulta (n. 143/2014), con tutte le indicazioni date

¹ A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti*, in *consultaonline*, 2017, fasc. 1, p. 80 s.

² Alla data del 9 gennaio 2019 il sito *consultaonline* elenca 39 commenti.

³ A. RUGGERI, *op. cit.*, p. 82.

⁴ F. VIGANÒ, *Le parole e i silenzi*, in *Dir. pen. cont.*, 27 marzo 2017.

dall'ordinamento italiano, e con la natura del problema cui l'istituto della prescrizione dà risposta: se e quale rilevanza attribuire al tempo trascorso rispetto alle esigenze di risposta al reato. Un problema, dunque, relativo al punire e non alle forme del procedere: un istituto che concorre a delineare la risposta a un tale problema è ontologicamente di diritto sostanziale⁵, e chiama in causa i principi pertinenti al diritto penale sostanziale.

Anche i collegamenti con il processo (casi di sospensione e atti interruttivi: è quest'ultimo il tema specifico del caso Taricco) sono serventi alla soluzione del problema sostanziale; non sono norme processuali, ma aspetti della disciplina delle cause di estinzione del reato⁶.

È questo il modello di diritto penale presentato dalla Corte costituzionale alla Corte UE come iscritto nei principi fondamentali del nostro ordinamento.

Nel tema della legalità/determinatezza l'ordinanza della Corte costituzionale ha incanalato le questioni che la Corte di Cassazione, nell'ordinanza di rimessione, aveva riassunto nella formula *apogeo della giurisprudenza fonte*. Nella maggior parte, le questioni di legittimità costituzionale ruotano attorno a un nucleo tematico unitario: la scelta di affidare al giudice un potere decisionale relativo alla disciplina applicabile in materia di prescrizione.

Con riguardo alle risposte al reato accettiamo come necessario un mix di legalità e di discrezionalità, discutiamo su criteri e limiti di questa, di fronte all'enorme potere del giudice nella gestione degli istituti del sistema sanzionatorio⁷. Che cosa differenzia, c'è qualcosa che differenzia il *dictum* della sentenza Taricco dalla attribuzione di un normale potere discrezionale? Nell'ordinanza di rimessione della Corte di Cassazione (§. 4.7) viene dato decisivo rilievo alla *frizione con il principio di separazione di poteri*: non deriva dalla provenienza europea o giurisprudenziale, "bensì dal contenuto della norma, che rimette direttamente al giudice la valutazione di adeguatezza di una disciplina penale ai fini di prevenzione". Appunto il ruolo attribuito al giudice, secondo molti commentatori, è il punto di rottura rispetto a principi fondanti del nostro ordinamento costituzionale: "la figura inusitata di un giudice chiamato a disapplicare profili dell'intervento legislativo in materia penale che valuti inadeguati dal punto di vista della prevenzione"⁸. I principi costituzionali invocati dalla Cassazione sono il principio penalistico di legalità, sotto i profili della riserva di legge (§. 4.4.) e della tassatività o determinatezza (§. 4.5.), e i principi pertinenti alla giurisdizione: separazione poteri e soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101 Cost.).

Nell'ordinanza della Corte costituzionale, il profilo dei poteri del giudice emerge nell'espressa e ripetuta ripulsa dell'idea di un giudice di scopo⁹. Anche questo profilo è ricollegato ai principi della legalità penalistica: "l'attività del giudice ... deve dipendere da disposizioni legali sufficientemente determinate. In questo principio si coglie un tratto costitutivo degli ordinamenti costituzionali degli Stati di civil law. Essi non affidano al giudice il potere di creare un regime legale penale, in luogo di quello realizzato dalla legge approvata dal Parlamento, e in ogni caso ripudiano l'idea che i Tribunali siano incaricati di raggiungere uno scopo, pur legalmente definito, senza che la legge specifichi con quali mezzi e in quali limiti ciò possa avvenire" (§. 9). Ai giudici "non possono spettare scelte basate su discrezionali valutazioni di politica criminale. In particolare il tempo necessario per la prescrizione di un reato e le operazioni giuridiche da compiersi per calcolarlo devono essere il frutto dell'applicazione, da parte del giudice penale, di regole legali sufficientemente determinate. In caso contrario, il contenuto di queste regole sarebbe deciso da un Tribunale caso per caso, cosa che è senza dubbio vietata dal principio di separazione dei poteri di cui l'art. 25, 2° comma, Cost., declina una versione particolarmente rigida nella materia penale" (§. 5).

Esplicita, su questo punto, la premonizione dell'eventuale controlimite: "non è possibile che il diritto dell'Unione fissi un obiettivo di risultato al giudice penale e che, in difetto di una normativa che predefinisca analiticamente casi e condizioni, quest'ultimo sia tenuto a raggiungerlo con qualunque mezzo rinvenuto nell'ordinamento" (§. 5).

Al di là dei problemi specifici del caso Taricco e del dialogo con i giudici di Lussemburgo, le parole della Corte costituzionale vanno raccolte come un messaggio di portata generale, sulla legalità penalistica e sul rapporto giudice/legge. È un messaggio lanciato a tutti: al legi-

⁵ In questo senso la dottrina: ex multis 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.

⁶ Non ha dunque senso razionale la distinzione proposta da P. FARAGUNA e P. PERINI, *L'insostenibile imprescrittibilità del reato. La Corte d'appello di Milano mette la giurisprudenza Taricco alla prova dei controlimiti*, in *questa Rivista*, 1/2016, p. 2014 ss.

⁷ Una riflessione su questo tema è stata rilanciata, con riferimento a un istituto specifico, da F. BASILE, *L'enorme potere delle circostanze sul reato e l'enorme potere dei giudici sulle circostanze*, in *Riv. it. dir. proc. Pen.*, 2015, p. 1743 s.

⁸ L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte di giustizia dell'Unione europea può erigere il giudice a legislatore*, in *questa Rivista*, 2/2015, p. 40 ss.

⁹ È un punto ben evidenziato da C. SORTIS, *Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia*, in *Dir. pen. cont.*, 3 aprile 2017.

slatore italiano, ai giudici italiani, alla dottrina. E anche dalla Corte a se stessa.

A un osservatore critico, la Corte è parsa “*dimentica del fatto che gli elementi elastici o addirittura vaghi fanno parte dell’esperienza penalistica*”¹⁰; a chi vive dall’interno tale esperienza, piace confidare che non si tratti di dimenticanza, ma di consapevole preannuncio di uno standard rigoroso nel controllo sulla legittimità di norme penali, anche sotto il profilo della sufficiente determinatezza. Più in generale, la legittimazione degli istituti non può essere data soltanto dai fini.

Verso il legislatore e i giudici, il monito è a fare il loro mestiere: che il legislatore non rimballi sul giudice valutazioni di politica del diritto penale, che il giudice non si senta investito di funzioni di politica criminale, bensì di funzioni di giudizio imparziale, secondo legge, su fatti e su eventuali responsabilità.

Una *legge Taricco*, che recepisce pari pari il *dictum* della Corte UE, non sarebbe legittima, per contrasto con i principi della legalità penale (e non solo penale): determinatezza (e conoscibilità) della norma, soggezione del giudice alla legge (cioè ripulsa di un giudice di scopo). Questo il *dictum* chiaramente leggibile nell’ordinanza n. 24/2017: un *dictum* doveroso sul diritto interno italiano. Le ragioni d’illegittimità portate all’esame della Corte costituzionale riguardano la struttura del sistema: la qualità formale della legge penale, il rapporto giudice-legge.

Sono in gioco anche i *contenuti* della legalità penalistica, sotto un profilo che non è stato considerato dai giudici *a quibus*, e perciò è rimasto estraneo al giudizio della Corte costituzionale.

La sentenza Taricco chiede al giudice una valutazione che fa dipendere la decisione sul singolo caso (la scelta della disciplina applicabile in materia di prescrizione) da elementi relativi all’efficacia del *law enforcement*. Rivolta giudizio sul caso concreto valutazioni che riguardano elementi estranei al fatto cui si ricollega la responsabilità: ragioni (di politica penale!) relative allo stato del *law enforcement*, che imporrebbero di disapplicare una disciplina della prescrizione asseritamente inadeguata.

È qui in gioco il principio di responsabilità personale (art. 27, 1° comma), in un’accezione (forse) allargata, non usuale; ma non eludibile. Considerazioni di prevenzione generale possono venire in rilievo in sede legislativa, nella costruzione del sistema sanzionatorio, ma non possono essere criterio di costruzione della risposta sanzionatoria in concreto, verso una determinata persona¹¹.

La ripulsa del giudice di scopo, nell’ordinanza n. 24, dà per presupposto non discusso che il sistema penale ha *scopi legalmente definiti*. Lo dice il silenzio giustamente serbato sulla questione sollevata dalla Corte di Cassazione con riferimento all’art. 27 Cost.: “*il prolungamento dei termini di prescrizione, e quindi della punibilità, in ragione della tutela degli interessi finanziari dell’U.E., comporta una funzionalizzazione della pena eccentrica al teleologismo costituzionale: la pena non tende più alla rieducazione del condannato, ma diviene strumento di tutela degli interessi finanziari dell’Unione*”; tali interessi possono fondare la meritevolezza di pena, ma (opina il giudice *a quo*) “*non possono assumere rilievo nella dimensione del c.d. bisogno di pena*”.

Eccentrica al teleologismo costituzionale del sistema penale la tutela degli interessi finanziari dell’Unione Europea? Per il diritto penale la tutela di interessi costituzionalmente rilevanti è criterio *necessario* (ancorché non sufficiente) di legittimazione, e può ovviamente avere rilievo per la disciplina degli istituti del sistema sanzionatorio. Ciò che ordinamenti di *civil law* esigono, è che la legge *specifici scopi, mezzi, limiti delle attività istituzionali*.

La ripulsa del giudice di scopo riguarda la tenuta delle garanzie di legalità, dentro un sistema della cui razionalità è parte essenziale lo *Zweckgedanke*, la complessa teleologia del diritto criminale/penale e dei meccanismi del *law enforcement*. Nel campo di tensione fra i poli opposti di un sistema che di scopi ne ha molti, la ripulsa del giudice di scopo significa emancipazione del giudizio su casi singoli dagli scopi di politica criminale cui può il sistema nel suo insieme dovrebbe servire. È condizione necessaria (non di per sé sufficiente) dell’imparzialità del giudice e della sua soggezione *soltanto* alla legge.

¹⁰ A. RUGGERI, *op. cit.*, p. 83.

¹¹ Una “*sostanziale incompatibilità con le logiche del personalismo...una strumentalizzazione della posizione giuridica del singolo per offrire una risposta simbolica a problemi sistemici*” è stata ravvista nelle argomentazioni della sentenza Taricco da A. VALLINI, *Un’ingerenza grave in un sistema discriminatorio*, in AA.VV., *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie*, p. 153.

3.

Problemi specifici della prescrizione.

La questione della prescrizione, che ha dato occasione alla sentenza Taricco, paradossalmente si rivela marginale rispetto al nucleo del *dictum* della Corte costituzionale. I principi affermati come fondamentali – con potenziale valenza di controlimiti – riguardano problemi generali della legalità penale: determinatezza, rapporto giudice/legge. Per quanto concerne i problemi specifici della prescrizione, molto resta aperto.

Significativo, innanzitutto, il silenzio sulla questione del teleologismo costituzionale. Sembrerebbe dire che non potrebbe essere censurato come irragionevole un allungamento dei tempi di prescrizione mirato sulla peculiare gravità e sulle difficoltà probatorie di frodi gravi in danno degli interessi finanziari dell'Unione Europea.

Riguarda specificamente la prescrizione il problema della retroattività sfavorevole, il primo a venire in rilievo: un problema transitorio, relativo al passato, non incidente sulla pretesa di dettare una disciplina da applicare a fatti futuri.

Posto che nel diritto italiano la prescrizione del reato è un istituto di diritto penale sostanziale, è pacifico che la successione di leggi in materia è disciplinata dall'art. 2 cod. pen.; la retroattività sfavorevole è esclusa. L'ordinanza della Cassazione richiama (§. 4.2.1.) la dimensione generale del principio di irretroattività della legge penale sfavorevole, "*garanzia posta a fondamento di tutti gli ordinamenti costituzionali democratici*".

La Corte costituzionale, pur avendo affermato anche per la prescrizione l'esigenza della conoscibilità della disciplina, non ha escluso categoricamente la possibile retroattività: "*Anche se si dovesse ritenere che la prescrizione può essere regolata anche da una normativa posteriore alla commissione del reato...*". Anche in tal caso, prosegue l'ordinanza, "*ugualmente resterebbe il principio che l'attività del giudice chiamato ad applicarla deve dipendere da disposizioni legali sufficientemente determinate*" (§. 9): è solo questo il principio additato come eventuale controlimite.

Anche nella così controversa materia della prescrizione, deroghe al divieto di retroattività *in peius* sono estranee all'esperienza italiana¹². Nella giurisprudenza costituzionale tale questione non è mai affiorata. La dottrina è divisa¹³. Contro l'affievolimento del principio di irretroattività sfavorevole viene adottata l'esigenza di tutela dell'affidamento del cittadino nelle disposizioni vigenti all'epoca del fatto: non sarebbero legittimi mutamenti delle 'regole del gioco' volti a peggiorare la situazione di chi abbia già commesso un reato¹⁴. Un altro filone ha argomentato che la *ratio* del principio di irretroattività è di garantire al cittadino la possibilità di sapere se e in quale misura potrebbe essere punito qualora commettesse un dato reato, "*e non già di sapere per quanto tempo dovrà stare nascosto dopo aver commesso il fatto, per poi tornare tranquillamente alla vita di tutti i giorni*"¹⁵. La retroattività sfavorevole in materia di prescrizione, preclusa in via generale dalla disciplina della successione di leggi (art. 2 cod. pen.), non sarebbe oggetto di un divieto costituzionale assoluto e inderogabile.

Anche a lasciare aperto sul piano costituzionale l'interrogativo sulla possibilità di eventuali deroghe alla irretroattività sfavorevole in materia di prescrizione, la giustificazione di una deroga dovrebbe essere molto forte, tale da reggere di fronte al principio d'eguaglianza/ragionevolezza. Pur non essendo questione di tutela di affidamenti di singoli, la retroattività sfavorevole di una regola del gioco intacca la *fairness* del gioco. Nel caso delle frodi in danno della UE, una deroga al divieto di retroattività sfavorevole potrebbe trovare giustificazione in un vincolo che fosse davvero leggibile nel Trattato, come la sentenza Taricco ha (a ragione o a torto) ritenuto. Su questo punto, la prospettazione di un controlimite non è leggibile nell'or-

¹² In Germania, per evitare la prescrizione di crimini gravissimi del periodo nazista una legge del 1965 introdusse una sospensione dei termini di prescrizione per il periodo di occupazione postbellica (dall'8 maggio 1945 al 31 dicembre 1949), limitatamente a delitti puniti con l'ergastolo; la legittimità di tale disciplina è stata affermata dal Tribunale costituzionale federale (sentenza 26 febbraio 1969) sulla premessa che le norme sulla prescrizione non sono sottoposte al divieto di retroattività.

¹³ Su un punto vi è generale consenso: quando la nuova legge sia entrata in vigore dopo che fosse già scaduto il termine originariamente previsto, la pretesa punitiva, legalmente estinta, non può essere fatta rivivere. Così Cass. IV, 25 gennaio 2016, n. 7914, e tutti gli autori che hanno toccato questo punto.

¹⁴ M. DONINI, in *Foro it.*, 1998, V, c. 324.

¹⁵ E. DOLCINI-G. MARINUCCI, *Corso*, cit., p. 264. Già in precedenza, considerazioni analoghe in C.F. GABBA, *Teoria della retroattività della legge*, 1869, p. 377 s. Nella dottrina processualistica, V. GREVI, *Garanzie individuali ed esigenze di difesa sociale nel processo penale*, in AA.VV., *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, 1997, p. 279. Nella discussione sul caso Taricco, M. CAIANIELLO, *Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi o conflitto identitario?*, in *questa Rivista*, 2/2017, p. 216 ss., che cita G.P. FLETCHER: "*Engaging in highly moral acts in the calculated hope of getting away with them is hardly worth of the protection of the law*".

dinanza¹⁶. Principio fondante della nostra civiltà giuridica è l'irretroattività dei precetti e delle statuizioni di pena. Sulla prescrizione si può ragionevolmente discutere.

Nel periodo fra l'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale e la risposta della CGUE (sentenza 5.12.2017) è andata in porto la riforma della prescrizione, contenuta nella legge 23 giugno 2017, n. 103. La modifica di maggiore impatto è l'introduzione di una nuova ipotesi di sospensione per un tempo determinato, in corso dei giudizi d'impugnazione: dal termine previsto per il deposito della sentenza di condanna di primo grado, sino alla pronuncia del dispositivo della nuova sentenza, e comunque per un tempo non superiore a un anno e sei mesi; *idem* per il successivo grado del giudizio. La sospensione ha effetto limitatamente agli imputati nei cui confronti si sta procedendo. Per effetto delle nuove ipotesi di sospensione nel corso dei giudizi di impugnazione, e per il cumulo di due modelli (atti processuali interruttivi e sospensione in corso di processo) che ragionevolmente dovrebbero essere alternativi, la prescrizione maturerebbe dopo tempi più lunghi, per qualsiasi reato.

Rispetto ai problemi del caso Taricco, la nuova disciplina della prescrizione rappresenta un possibile superamento. La diminuzione del numero di prescrizioni dichiarate è un probabile effetto. Non nel segno della ragionevole durata dei processi, non necessariamente una giustizia migliore. Ma tale da modificare il quadro (la difficoltà di arrivare a sentenze definitive di condanna) contro cui la sentenza Taricco ha reagito.

4.

Problemi dell'orizzonte europeo.

I quesiti posti dalla Corte italiana alla Corte UE riguardano *alcune fra* le questioni di legittimità costituzionale sollevate. Tutti i quesiti convergono sul tema dei controlimiti: quelli che la Corte italiana ha affermato, sulla cui rilevanza chiede conferma. Sulle questioni passate sotto silenzio nell'ordinanza n. 24, il silenzio sottende una valutazione d'infondatezza, o quanto meno di inidoneità a fondare un controlimite.

Dalla risposta della CGUE, l'ordinanza n. 24 esce vincente. Nell'orizzonte penalistico (non semplicemente italiano: quello del buon vecchio diritto penale liberale) possiamo davvero registrare la *rivincita della legalità penale*. Le parole della Corte costituzionale parlano di primazia del diritto 'normativo' e di ripulsa del giudice di scopo, portatore di indirizzi di politica criminale.

Quanto ai rapporti fra diritto nazionale e diritto europeo, dall'ordinanza, secondo alcuni commenti, "*sembra trasparire la chiara volontà di riaffermare la primazia del diritto 'normativo' sul diritto giurisprudenziale, della legge nazionale sulla giurisprudenza fonte di matrice europea*"¹⁷. Pronuncia sovranista¹⁸? O invece, al contrario, una pronuncia che, pur "*formalmente corretta, rischia di legittimare una auto-attribuzione di competenze penali da parte della Corte di Lussemburgo che esula dai limiti 'internazionali' sanciti dai trattati*"¹⁹? Sono sovrainterpretazioni di segno opposto. Circa i rapporti fra legge nazionale e orizzonte europeo, l'aver glissato sulla riserva di legge significa astensione dal prendere posizione sul problema generale della competenza della UE in materia penale.

La Corte costituzionale italiana dà per acquisito il riconoscimento del primato del diritto dell'Unione (§. 2); si è astenuta – e ha tenuto a sottolinearlo (§. 8) – dal *porre in discussione il significato che la Corte di giustizia ha rinvenuto nell'art. 325 del TFUE*; ha fatto attenzione a non uscire dal terreno del diritto interno. Una interpretazione che non sia sovrainterpretazione può leggere nell'ordinanza la modalità meno conflittuale per la prosecuzione del confronto (le parole dette), e per la sua delimitazione (parole dette e non dette). Ci sono aree distinte di competenza, che l'una e l'altra alta Corte debbono reciprocamente riconoscersi.

Rispetto alle ragioni di insoddisfazione verso il nostro *law enforcement* e verso la discipli-

¹⁶ Giustamente ignorata dall'ordinanza è pure la questione (legata a quella della retroattività) sollevata dalla Cassazione (§. 4.3) con riferimento al diritto di difesa: un prolungamento del tempo di prescrizione, in corso di processo, modifica il quadro normativo di scelte difensive quali l'eventuale opzione per riti alternativi. Si tratta di una questione processuale, la cui soluzione dovrebbe essere ricercata sul piano processuale, come è accaduto in relazione a problemi di difesa da contestazioni nuove. Si vedano le non poche sentenze della Corte costituzionale sugli artt. 516s. cod. proc. pen.

¹⁷ R. KOSTORIS, *La Corte costituzionale e il caso Taricco, tra tutela dei controlimiti e scontro tra paradigmi*, in *questa Rivista*, fasc. 3/2018, p. 208.

¹⁸ Così F. VIGANÒ, *op. cit.*

¹⁹ Così G. RICCARDI, *Patti chiari, amicizia lunga. La Corte costituzionale tenta il dialogo nel caso Taricco, esibendo l'arma dei controlimiti*, in *Dir. pen. cont.*, 27 marzo 2017, p. 15.

na della prescrizione, il discorso rimane aperto. È stata chiamata in causa dalla CGUE una responsabilità delle istituzioni italiane. La prescrizione del reato è uno, non l'unico dei fattori da cui dipende il livello di efficacia o inefficacia del *law enforcement*. Su questo influiscono elementi molteplici, di fatto, di diritto, di funzionamento della macchina istituzionale. Selezionare la disciplina italiana della prescrizione come 'colpevole dell'inefficienza della giustizia penale italiana, come ha fatto la sentenza Taricco, è un bersaglio polemico che la Corte di Lussemburgo ha recepito dalla prospettiva del giudice italiano. È un punto critico e discusso della giustizia penale italiana; sull'esigenza di contrastare l'impatto pesante della prescrizione la sentenza Taricco ha trovato consensi nel merito, anche da voci critiche sotto altri aspetti.

Rispetto al problema se e quali competenze abbia le oggi l'UE in materia penale, l'ordinanza n. 24 non ha svolto – e non doveva svolgere – alcuna argomentazione. La Corte costituzionale era investita di un tema specifico, relativo alla prescrizione; ne ha riconosciuto la rilevanza per il diritto europeo là dove sia in gioco la tutela di interessi rilevanti per il diritto europeo; ha additato alcuni limiti invalicabili immanenti al principio di legalità penalistica. Ha anche accennato a una "responsabilità della Repubblica italiana per avere omissso di approntare un efficace rimedio contro le gravi frodi fiscali in danno degli interessi finanziari dell'Unione". Di più non doveva dire, e giustamente non ha detto.

La dottrina, che può spaziare liberamente su qualsiasi problema, può mettere in discussione anche il *dictum* dei (non infallibili) giudici di Lussemburgo, la problematicità (o arbitrarietà) del salto da una direttiva o clausola generale (l'art. 325 TFUE) ad una regola specifica in materia di prescrizione²⁰.

All'inizio degli anni '90, quando i temi del penale sono venuti più direttamente all'attenzione nel processo di costruzione europea, una impegnata relazione concludeva affermando che in tale processo la scienza del diritto penale dovrebbe essere soprattutto *Hüter der Menschenrechte*, custode dei diritti dell'uomo; ciò che può essere parzialmente superato è "das bisherige national-staatliche Recht, nicht der Rechts-staat", lo stato nazionale e non lo stato di diritto²¹. Per la tenuta e l'auspicabile evoluzione di un *Rechts-staat* che potrebbe diventare sovranazionale, europeo, la saggezza dalla nostra Corte costituzionale (non la sentenza Taricco1) ha segnato un buon punto d'appoggio.

L'evoluzione del diritto penale in Europa dipenderà da cose ben più grandi della saga Taricco. Questo scritto è stato completato il giorno in cui è stato pubblicato un articolo di due intellettuali italiani (non giuristi) che parlano di radici culturali e fanno proposte istituzionali sull'Europa, additando come condizione "che l'Europa interrompa la sua abdicazione rispetto alla politica, e che essa, dunque, cessi una buona volta di pensarsi solo all'insegna dell'economia e del diritto"²². Serve un passo avanti fondato sulla sovranità popolare, dice il sottotitolo. Le proposte non sono nuove, le troviamo con contenuti e motivazioni affini in scritti di altri intellettuali europei²³. Sarà dentro la crescita d'una sfera politica europea e di una più solida democrazia istituzionale, che potrà (speriamo) consolidarsi l'Europa dei diritti, anche sotto il profilo specifico della legalità penalistica.

²⁰ M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, p. 14. Cfr. anche D. MICHELETTI, *Premesse e conclusioni sulla sentenza Taricco*, in AA.VV., *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie*, p. 61 s.

²¹ U. SIEBER, *Europäische Einigung und europäische Strafrecht*, in *ZStW*, 1991, p. 979.

²² R. ESPOSITO e R. GALLI DELLA LOGGIA, *Eleggiamo il presidente d'Europa*, in *Corriere della sera*, 10 aprile 2017.

²³ Per es. J. HABERMAS, *Il ruolo dell'intellettuale e la causa dell'Europa*, Roma-Bari 2011, in cui è ripubblicato (p. 48 s.) un articolo del 2010.

Rapporti interordinamentali e conflitti tra identità costituzionali (traendo spunto dal caso Taricco)*

Relationships Between Different Legal Systems and Constitutional Identity's Conflicts (Taking Inspiration from the Taricco Case)

ANTONIO RUGGERI

Professore ordinario di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Messina
ruggant@unime.it

RAPPORTI TRA ORDINAMENTI,
CONFLITTI TRA IDENTITÀ COSTITUZIONALI,
CASO TARICCO

RELATIONSHIPS BETWEEN DIFFERENT LEGAL SYSTEMS,
CONSTITUTIONAL IDENTITY'S CONFLICTS,
TARICCO CASE

ABSTRACT

Lo scritto mette in evidenza il carattere parziale delle prospettive adottate tanto dalla Corte di giustizia quanto dalla Corte costituzionale per ciò che attiene al riconoscimento dell'identità costituzionale, rispettivamente, dell'Unione europea e dello Stato, pervenendo quindi all'effetto di uno squilibrato bilanciamento tra il principio di apertura e il principio del primato dell'un ordinamento nei riguardi dell'altro. Rileva quindi le due anime presenti presso la Corte dell'Unione, di cui rendono testimonianza le *Conclusioni* su *Taricco* dell'avvocato generale Y. Bot e quelle su *Scialdone* dell'avvocato generale M. Bobek. Tratta, infine, della questione relativa alla sede istituzionale competente a dare il riconoscimento dei principi costitutivi dell'identità suddetta e della possibile conversione dei conflitti interordinamentali in conflitti intraordinamentali, la cui soluzione resta demandata alla tecnica usuale del bilanciamento secondo i casi.

This paper emphasises the partial perspectives adopted both by the EU Court of Justice and the Italian Constitutional Court, when it comes to define the 'constitutional identity' of the EU, on the one hand, and the Member State, on the other. Moreover, it identifies, within the Court of Justice, the two different approaches to this issue respectively taken advocated by Advocate General Y. Bot in *Taricco II* and by Advocate General M. Bobek in *Scialdone*. Finally, it deals with the sensitive question of determining who has the ultimate responsibility to give content to the constitutional identity of a Member State, and suggests rethinking conflicts *between* different legal systems in terms of conflicts of values and principles *within* the same legal system, to be solved through a classical balancing approach.

* Il presente contributo costituisce il testo rielaborato di un intervento svolto dall'Autore all'incontro di studio su *Prescrizione in materia penale e "controlimiti"*. Il caso Taricco dopo l'ordinanza della Corte costituzionale di rimessione alla Corte di giustizia, tenutosi a Salerno il 26 settembre 2017 (data alla quale lo scritto è aggiornato) ed organizzato dall'Ordine degli Avvocati di Salerno e dall'Osservatorio sullo spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia - Cattedra Jean Monnet.

SOMMARIO

1. La preliminare questione di ordine metodico-teorico concernente la struttura dell'identità costituzionale, i modi del suo riconoscimento in prospettiva assiologicamente orientata, il carattere parziale e, a conti fatti, distorsivo con cui essa è fatta valere in *Taricco* tanto dalla Corte costituzionale quanto da quella dell'Unione. – 2. La soluzione maggiormente corretta di comporre in sistema gli elementi costitutivi dell'identità costituzionale, attraverso la loro paritaria partecipazione ad operazioni di bilanciamento secondo i casi che portino ad esiti apprezzabili secondo ragionevolezza (ciò che non si è avuto in *Taricco* né nella pronuncia della Corte dell'Unione né in quella della Corte costituzionale di rinvio pregiudiziale e dei suoi benevoli *laudatores*). – 3. Le due anime presenti presso la Corte dell'Unione: i pregiudizi metodico-teorici disvelati dalle *Conclusioni* su *Taricco* dell'Avvocato Generale Y. Bot e la sensibilità manifestata verso l'identità costituzionale dello Stato dalle *Conclusioni* su *Scialdone* dell'Avvocato Generale M. Bobek. – 4. *Segue*: La cruciale questione relativa alla individuazione del soggetto che ha il titolo per dare il riconoscimento "autentico" dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali, la sua adeguata soluzione che tenga conto del pur parziale e nondimeno avanzato processo d'integrazione sovranazionale in corso, le implicazioni di ordine istituzionale che possono aversene (specie per ciò che concerne la contrapposizione tra un modello ordinamentale fondato sulla "legalità legale" ed uno invece ispirato ad una crescente "legalità giudiziale"). – 5. La "morale" lasciataci da *Taricco* (con specifico riguardo alla conversione dei conflitti interordinamentali in conflitti intraordinamentali e alla loro possibile, auspicabile commutazione in *conflitti apparenti*, se del caso mettendo allo scopo in campo tecniche decisorie manipolative).

1. La preliminare questione di ordine metodico-teorico concernente la struttura dell'identità costituzionale, i modi del suo riconoscimento in prospettiva assiologicamente orientata, il carattere parziale e, a conti fatti, distorsivo con cui essa è fatta valere in *Taricco* tanto dalla Corte costituzionale quanto da quella dell'Unione.

Forse, pochi casi come *Taricco* si prestano a dare emblematica testimonianza di un certo modo d'intendere e far valere l'identità costituzionale al piano delle relazioni interordinamentali: un modo che, a mia opinione, risente di certe incrostazioni teoriche dalle origini risalenti e dure da rimuovere e che non tiene conto del bisogno di assicurare un ragionevole e complessivamente accettabile svolgimento alle relazioni stesse, allo stesso tempo peraltro disvelando non rimosse aporie di costruzione al piano della teoria della Costituzione.

Particolarmente istruttivo appare essere al riguardo il punto di vista delle Corti, specie se aventi natura costituzionale o materialmente costituzionale: qualifica che giudico valevole anche per le Corti europee, le quali manifestano una tendenza crescente alla loro "costituzionalizzazione"¹. Sul punto forti riserve sono state, ancora da ultimo, manifestate da una sensibile dottrina², che nondimeno non sembrano tenere in adeguato conto la duplice circostanza per cui, da un canto, anche gli ordinamenti sovranazionali – e, tra essi, spec. quello eurounitario – hanno ormai raggiunto un grado d'integrazione interna molto avanzato, reso palese, a tacer d'altro, dagli effetti diretti degli atti dell'Unione negli ordinamenti nazionali³ e, in genere, dai

¹ Su ciò, tra gli altri, O. POLLICINO, in più scritti, tra i quali *Allargamento ad est dello spazio giuridico europeo e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Giuffrè, Milano 2010; O. POLLICINO - V. SCARABBA, *Tratti costituzionali e sovranazionali delle Corti europee: spunti ricostruttivi*, in AA.VV., *L'integrazione attraverso i diritti. L'Europa dopo Lisbona*, a cura di E. Faletti e V. Piccone, Aracne, Roma 2010, 125 ss.; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, Milano 2012; B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano 2012; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano 2012, spec. 63 e 143; altri riferimenti in A. GUAZZAROTTI, *La CEDU e l'Italia: sui rischi dell'ibridazione delle tutele giurisdizionali dei diritti*, in *Giur. cost.*, 4/2013, 3657 ss., del quale v., inoltre, pure *ivi*, *La costituzionalizzazione della CEDU e della sua Corte: la (dis)illusione di un'Unione sempre più stretta*, 1/2016, 381 ss.

² Part., M. LUCIANI, *Chi ha paura dei controlimiti?*, in AA.VV., *Aspettando la Corte costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo*, in *www.rivistaaic.it*, 4/2016, 11 novembre 2016, 72 ss., e Intelligenti pauca. *Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in AA.VV., *Il caso Taricco e il dialogo fra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, a cura di A. Bernardi e C. Cupelli, Jovene, Napoli 2017, 193 ss.

³ Su ciò, ora, AA.VV., *L'effetto diretto delle fonti dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea. Riflessioni sui rapporti tra fonti dell'Unione e fonti interne*, a cura di M. Distefano, Editoriale Scientifica, Napoli 2017.

vincoli alle volte stringenti da essi derivanti⁴, e, da un altro canto, dalla esistenza di Carte dei diritti fondamentali presidiate da Corti che svolgono un ruolo di garanzia di crescente rilievo, in forme, sì, peculiari e tuttavia accomunate dalla natura dell'oggetto. E non si dimentichi, al riguardo, l'indicazione, ad oggi gravida di significato e di complessive valenze, offerta dall'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789, secondo cui ciò che è o che fa una "Costituzione", nell'accezione liberale del termine, è il riconoscimento dei diritti stessi e, a questo servente, la separazione dei poteri.

In questo senso, può dunque predicarsi di una "identità costituzionale" non solo dello Stato ma anche dell'Unione o di altre organizzazioni, quale il Consiglio d'Europa, cui fanno capo documenti materialmente costituzionali, tra i quali una speciale considerazione va riservata appunto alla CEDU che s'è conquistata sul campo, per il tramite della Corte di Strasburgo, una posizione di tutto rispetto nel panorama delle Carte dei diritti.

Ora, la questione che subito si pone riguarda la struttura dell'identità costituzionale, e cioè com'è fatta e quali ne sono gli elementi costitutivi.

La risposta richiede una previa opzione al piano della teoria della Costituzione, che qui nuovamente rinnovo per una concezione assiologicamente ispirata, per essa rinvenendosi l'essenza della Costituzione nei suoi principi fondamentali, nei quali si specchiano ed inverano i valori parimenti fondamentali che stanno a base dell'ordinamento e ne accompagnano ed orientano i più salienti svolgimenti storico-positivi.

Non mi è dato qui di soffermarmi sulla questione, di centrale rilievo, riguardante il modo con cui i principi stessi si riconoscono, quali cioè le tecniche interpretative degli enunciati positivi maggiormente adeguate a renderli palesi. Tornerò invece tra breve sull'altra (e non meno rilevante) questione concernente le sedi istituzionali presso le quali il riconoscimento stesso può aver luogo, in particolare se esse possano essere (ed effettivamente siano) esclusivamente interne all'ordinamento stesso ovvero se possano essere anche esterne ad esso. Accenno solo sin d'ora al fatto che, stante il carattere avanzato della integrazione sovranazionale, anche soggetti od organi situati fuori dell'ordinamento in considerazione possono avere titolo a concorrere a siffatto riconoscimento, tanto più laddove si abbiano previsioni normative, quale quella dell'art. 4.2 TUE⁵, che – come si vedrà – parrebbero avallare questa soluzione.

Trovo, ad ogni buon conto, singolare che quanti si riconoscono in premessa in una visione assiologicamente orientata della Costituzione, alla cui immagine concorrono *tutti* i principi fondamentali, ne diano poi, sullo specifico terreno delle relazioni interordinamentali, una rappresentazione parziale e, a conti fatti, deformante; e proprio *Taricco*⁶ ne ha dato una eloquente testimonianza.

⁴ Non si dimentichi che gli atti in parola sono provvisti di forza "paracostituzionale": una proprietà, questa, che, a mia opinione, è da riconoscere non soltanto alle loro norme *self-executing* ma anche a quelle prive dell'attitudine all'applicazione diretta, con la conseguenza che gli atti interni che vi danno attuazione, grazie alla "copertura" da quelle offerta, possono considerarsi abilitati a derogare alla stessa Carta costituzionale e, in genere, alle fonti di rango costituzionale. Esclusi dalla loro traiettoria parrebbero essere i c.d. "controlimiti" ma – come si è tentato di mostrare in altri luoghi e qui pure si vedrà per taluni aspetti – il limite in parola non è, a mio modo di vedere, valevole *per sistema* bensì unicamente all'esito di un'operazione di ponderazione assiologica col principio fondamentale di "copertura" del diritto eurounitario, di cui all'art. 11, che nel singolo caso (e secondo ragionevolezza) solleciti a considerare il principio medesimo come recessivo, in applicazione del "metaprinzipio" della massimizzazione della tutela, autentica *Grundnorm* delle relazioni interordinamentali.

⁵ Sul principio in parola, tra gli altri, A. VON BOGDANDY - S. SCHILL, *Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty*, in *Common mark. law rev.*, 48/2011, 1417 ss.; G. MARTINICO, *Lo spirito polemico del diritto europeo. Studio sulle ambizioni costituzionali dell'Unione*, Aracne, Roma 2011, spec. 206 ss., del quale v., inoltre, *Il potenzionale sovversivo dell'identità nazionale alla luce dell'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Il caso Taricco e il dialogo fra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, cit., 241 ss.; in questo vol., praticamente in tutti gli scritti è fatto richiamo al principio di cui all'art. 4.2; S. GAMBINO, *Identità costituzionali nazionali e primauté eurounitaria*, in *Quad. cost.*, 3/2012, 533 ss.; M. STARITA, *L'identità costituzionale nel diritto dell'Unione europea: un nuovo concetto giuridico?*, in AA.VV., *Lo stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, a cura di F. Viola, Il Mulino, Bologna 2012, 139 ss.; B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *Yearbook Eur. Law*, 1/2012, 263 ss., e, della stessa, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Giappichelli, Torino 2013, spec. 190 ss.; F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell'europizzazione dei controlimiti*, Giappichelli, Torino 2012; M. CARTABIA, *sub art. 4*, in *Trattati dell'Unione europea*, a cura di A. Tizzano, Giuffrè, Milano 2014, 23 ss.; T. CERRUTI, *Valori comuni e identità nazionali nell'Unione europea: continuità o rottura?*, in *www.federalismi.it*, 24/2014, 24 dicembre 2014, e, pure *ivi*, G. CAPONI - V. CAPUOZZO - I. DEL VECCHIO - A. SIMONETTI, *Omogeneità costituzionale europea e identità nazionali: un processo di integrazione circolare tra valori costituzionali europei e teoria dei controlimiti*; M. CONDINANZI, *I controlimiti come sintesi ideale tra primato da affermare e identità nazionale da rispettare*, in AA.VV., *Costa/Enel: Corte costituzionale e Corte di giustizia a confronto, cinquant'anni dopo*, a cura di B. Nascimbene, Giuffrè, Milano 2015, 119 ss.; P. CRUZ VILLALÓN, *La identidad constitucional de los Estados miembros: dos relatos europeos*, in *Scritti in onore di A. D'Atena*, I, Giuffrè, Milano 2015, 729 ss.

⁶ ... ma anche altre recenti pronunzie, tra le quali quella di fine giugno 2017 avente ad oggetto la spinosa questione dei conflitti tra diritto concordatario e diritto eurounitario [a commento, A. LICASTRO - A. RUGGERI, *Diritto concordatario versus diritto eurounitario: a chi spetta la primauté? (A margine della pronunzia della Corte di Giustizia del 27 giugno 2017, C-74/16, in tema di agevolazioni fiscali per le "attività economiche" della Chiesa)*, in *www.statoe.chiesa.it*, 26/2017, 17 luglio 2017].

Questo difetto – come si è tentato di mostrare altrove⁷ – si rinviene sovente nelle posizioni di tutti i protagonisti delle vicende processuali in cui si fa questione della salvaguardia dell'identità in parola. Alla base di siffatto orientamento sta un autentico crampo mentale che impedisce di comporre in modo paritario in sistema tutti gli elementi costitutivi dell'identità.

In ambito sovranazionale, carattere dominante e a conti fatti assorbente ha assunto il principio del primato del diritto dell'Unione, nel quale è da rinvenire – come si è fatto notare da una sensibile dottrina⁸ – l'autentico cuore pulsante della costituzione materiale dell'Unione stessa, nel mentre è rimasto indebitamente nell'ombra e praticamente ininfluenza il principio di apertura verso gli ordinamenti nazionali, di cui all'art. 4.2, sopra cit.

In ambito nazionale, poi, forte è apparsa la tentazione a far scendere in campo e far valere i “controlimiti”, una tentazione più volte ricorrente e che va accompagnando i non lineari e sofferti svolgimenti del processo d'integrazione sovranazionale⁹, al punto che si è parlato di una vera e propria “convergenza” di strategia dei tribunali costituzionali mirante ad ottenere un bilanciamento tra controlimiti e principio del primato da parte della Corte dell'Unione¹⁰.

2.

La soluzione maggiormente corretta di comporre in sistema gli elementi costitutivi dell'identità costituzionale, attraverso la loro paritaria partecipazione ad operazioni di bilanciamento secondo i casi che portino ad esiti apprezzabili secondo ragionevolezza (ciò che non si è avuto in *Taricco* né nella pronunzia della Corte dell'Unione né in quella della Corte costituzionale di rinvio pregiudiziale e dei suoi benevoli *laudatores*).

Che si sia data (e si seguiti a dare) un'immagine deformata della identità costituzionale è provato già dalla preliminare avvertenza, nella quale peraltro si riconoscono anche molti di coloro che hanno indirizzato espressioni di vivo apprezzamento nei riguardi della ordinanza di rinvio pregiudiziale della Consulta, secondo cui tutti i principi fondamentali partecipano, in astratto, in modo paritario alla composizione dell'identità costituzionale. Nessuno, dunque, può esservi in partenza escluso e nessuno può coltivare l'insana pretesa di affermarsi tirannicamente sugli altri; ciò che equivarrebbe a negare la “fondamentalità” dei principi fondamentali per sistema recessivi.

Ora, questa preliminare notazione è da tener ferma specificamente per ciò che attiene al rapporto in cui sta il principio dell'apertura di un ordinamento verso altri coi principi fondamentali restanti. L'identità costituzionale, infatti, come si è mostrato altrove, possiede una *struttura complessa*, attraversata da spinte che portano, a un tempo, verso l'apertura e verso la chiusura; e si tratta, dunque, di stabilire nei singoli casi quale di esse prevalga (e fino a che punto prevalga) sull'altra.

⁷ Oltre che nello scritto per ultimo cit., part. nei miei *Primato del diritto sovranazionale versus identità costituzionale? (Alla ricerca dell'araba fenice costituzionale: i “controlimiti”)*, in AA.VV., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di A. Bernardi, Jovene, Napoli 2017, 19 ss., e già in www.forumcostituzionale.it, 9 aprile 2016, e *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronunzia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)*, in AA.VV., *Il caso Taricco e il dialogo fra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, cit., 393 ss., nonché in *Consulta OnLine*, 1/2017, 27 febbraio 2017, 81 ss.

⁸ V. PICCONE, *La primauté nell'Unione allargata*, in AA.VV., *Il filo delle tutele nel dedalo d'Europa*, a cura di E. Falletti - V. Piccone, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, 3 ss.

⁹ V., part., la decisione del tribunale costituzionale tedesco su *Gauweiler*, la prima pronunzia del tribunale costituzionale spagnolo su *Melloni* o i casi in cui alcune Corti dell'Est europeo hanno eretto un muro invalicabile alla penetrazione in ambito interno del diritto eurounitario, e, appunto, ora *Taricco* (su tutto ciò, tra gli altri, O. POLLICINO, *Qualcosa è cambiato? La recente giurisprudenza delle Corti costituzionali dell'est vis-à-vis il processo di integrazione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 4/2012, 765 ss.; J. RIDEAU, *The Case-law of the Polish, Hungarian and Czech Constitutional Courts on National Identity and the ‘German Model’*, in AA.VV., *National constitutional identity and European integration*, a cura di A. Saiz Arnaiz-C. Alcobero Llivina, Intersentia, Cambridge 2013, 243 ss.; A. D'ALOIA, *Europa e diritti: luci e ombre dello schema di protezione multilevel*, in *Dir. Un. Eur.*, 1/2014, 1 ss., spec. 41 ss.; M. DICOSOLA, *Gli stati dell'Europa centro-orientale tra identità nazionale e costituzionalismo europeo*, in *La cittadinanza europea*, suppl. al fasc. 1/2016, FrancoAngeli, Milano 2016, 129 ss.; P. FARAGUNA, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Unione Europea, tra principio di apertura e controlimiti*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2016, 431 ss.; D. TEGA, *Il tono dell'ordinanza della Corte costituzionale N. 24/2017 e i suoi destinatari: narrowing the dialogue*, in AA.VV., *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, cit., 460 ss.).

¹⁰ A. ANZON DEMMIG, *La Corte costituzionale è ferma sui controlimiti, ma rovescia sulla Corte europea di giustizia l'onere di farne applicazione, bilanciando esigenze europee e istanze identitarie degli Stati membri*, in *Giur. cost.*, 1/2017, 507 ss., spec. 531 ss.

Va fatta al riguardo una precisazione; ed è che la considerazione “statica” dei principi, nella loro disposizione seriale, non vale a dare l’immagine fedele dell’identità, quella “vera”, la finale, la quale si ha unicamente per le esigenze dei casi e per il modo con cui le stesse si sottopongono a bilanciamento e compongono in unità. Il sistema infatti si rigenera e rimette a punto di volta in volta, facendosi apprezzare per il modo con cui si riesce a dare l’ottimale appagamento alle esigenze stesse, secondo ragionevolezza¹¹. Talora, ciò si ha attraverso il parziale e congiunto riconoscimento dato a tutti gli elementi in campo, sollecitati a reciproche e paritarie concessioni. Temo però che questa irenica e idilliaca rappresentazione il più delle volte (per non dire sempre) sia smentita alla prova dei fatti, risultando piuttosto preminente il ruolo assegnato a questo o quel principio a fronte degli altri. Quest’esito, che – come si viene dicendo – può portare anche alla messa da canto di un principio per far posto ad un altro o ad altri, può essere accettato (e, comunque, piaccia o no, è inevitabile) a condizione che risulti provato che esso serve al meglio, alle condizioni oggettive di contesto, l’intera tavola dei principi nel loro fare appunto “sistema”: a condizione, cioè, che si dimostri che quella di volta in volta raggiunta è la soluzione che fa pagare il costo minore alla Costituzione come “sistema” di valori positivizzati.

Questa notazione ha uno speciale rilievo nel quadro della ricostruzione teorica ora affacciata.

Facendo, dunque, riferimento al caso *Taricco*, che ha offerto lo spunto per questa riflessione, la Corte dell’Unione avrebbe potuto raggiungere l’obiettivo avuto di mira ma avrebbe dovuto dar prova di aver previamente effettuato un ragionevole “bilanciamento” tra i principi in campo, all’esito del quale il principio di cui all’art. 4.2, cit., risultava recessivo. Ad es., avrebbe potuto, sì, riconoscere le ragioni facenti capo al principio di legalità in materia penale, di cui si è presa particolare cura la Corte costituzionale¹², o ad altri principi ancora di diritto interno idonei a comporre quella identità costituzionale che è dallo stesso Trattato riconosciuta quale punto indefettibile di riferimento per il diritto dell’Unione, ex art. 4.2. E, però, allo stesso tempo avrebbe potuto rilevare che lasciare impunte le frodi perpetrate a danno della finanza dell’Unione (e della stessa finanza dello Stato...¹³) avrebbe avuto immediati, insanabili e perciò intollerabili riflessi a carico dei principi in genere che stanno a base sia dell’Unione che degli stessi Stati, a partire dai principi di libertà ed eguaglianza¹⁴, oltre che specificamente del principio della pace e della giustizia tra le Nazioni che – per acquisizione indiscussa di giurisprudenza e dottrina correnti – giustifica il fenomeno (ieri comunitario ed oggi) eurounitario e, dal punto di vista dello stesso Stato, vi dà “copertura”.

Sul punto occorre una buona volta fare chiarezza.

Nessuno ha mai sostenuto, né io mi sono mai sognato di affermare, che la “copertura” che viene al diritto sovranazionale sia (e debba essere) incondizionata. E però non è, a mia opinione, corretto neppure affermare – come, invece, molti fanno – che quello di cui all’art. 11 sia un principio “quasi fondamentale” o meno fondamentale degli altri. Ancora di recente, un’accreditata dottrina¹⁵ ha, col suo consueto vigore argomentativo, affacciato la tesi secondo cui la “copertura” dell’art. 11, nel suo fare “sistema” con l’art. 1, sarebbe *sub condicione*, valendo appunto solo dopo (e sempre) che siano integralmente fatti salvi i principi fondamentali restanti. La differenza tra la “cessione” e la “limitazione” di sovranità avrebbe appunto in ciò il suo *quid proprium*.

Si trascurano, tuttavia, a me pare, in tal modo, due cose.

La prima è che il ragionamento fatto parrebbe essere pianamente e pienamente reversibile, rovesciabile cioè su se stesso. Non si vede, infatti, perché mai non potrebbe assumersi che *ogni* altro principio fondamentale, a partire dai principi di cui agli artt. 2 e 3 cost., componenti quella che si è altrove chiamata la *coppia assiologica fondamentale*, possa essere fatto valere alla *sola* condizione che non rechi nocumento alla pace ed alla giustizia tra le Nazioni. Perché mai, cioè, l’ordine gerarchico dovrebbe valere a danno di quest’ultimo principio e non piuttosto a

¹¹ Sull’idea di “sistema” la giurisprudenza costituzionale appare essere particolarmente insistente (v., tra le altre, le decisioni nn. nn. 236 del 2011; 264 del 2012; 1, 85, 170 e 202 del 2013; 10 e 49 del 2015; 63 del 2016; 124 del 2017).

¹² Notazioni di particolare interesse al riguardo, ora, negli scritti di AA.VV., *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, a cura di I. Pellizzone, Giuffrè, Milano, 2017.

¹³ Non si dimentichi, infatti, che l’evasione fiscale è stata perpetrata anche (e principalmente) a danno dell’erario statale, all’Unione spettando unicamente una quota dell’IVA riscossa.

¹⁴ ... specie sostanziale, sol che si consideri che senza adeguate risorse alcuni diritti, particolarmente in ambito economico-sociale, sono condannati a restare privi di un’ apprezzabile tutela.

¹⁵ M. LUCIANI, *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, cit., spec. 204.

suo beneficio? Ammesso (e non concesso¹⁶) che sia giusto far luogo ad ordinazioni gerarchiche *per sistema* o *in astratto* tra i principi, ognuno può a piacimento farsene la propria immagine, rappresentarla, pretendere per essa scrupolosa osservanza.

La seconda è che, a motivo del fatto che tutti i principi si implicano a vicenda (premesse, questa, da tutti giudicata indiscussa), il sacrificio per sistema di un principio fondamentale davanti alle pretese di affermazione di un altro o di altri, porta diritto all'effetto di pregiudicare comunque i principi restanti che, privi del sostegno di quello, riceverebbero solo parziali ed inappaganti realizzazioni.

Il punto è molto importante e, però, stranamente trascurato anche dalla più avvertita dottrina.

Ho fatto in altri luoghi l'esempio, che desidero qui riprendere e che mostra come ogni principio, pur possedendo una sua propria connotazione concettuale, allo stesso tempo partecipi della struttura degli altri, coi quali fa appunto tutt'uno, tutti assieme quindi facendo "sistema".

Si consideri, infatti, il rapporto che viene ad instaurarsi tra il principio dell'unità ed indivisibilità della Repubblica e i principi di cui agli artt. 2 e 3, l'uno potendosi dire effettivamente e compiutamente salvaguardato non soltanto col mantenimento della integrità territoriale ma anche per il fatto che, ferma quest'ultima, è assicurato il godimento di uguali diritti fondamentali e l'adempimento dei medesimi doveri inderogabili di solidarietà in ogni parte del territorio nazionale¹⁷. Libertà ed eguaglianza, dunque, proiettano un fascio di luce sull'unità-indivisibilità della Repubblica, concorrono per la loro parte a farla ed a trasmetterla identica a sé anche alle generazioni che verranno.

Per restare al caso nostro, forse che la pace e la giustizia tra le nazioni non sono indispensabili per la salvaguardia delle libertà, dell'eguaglianza e, in ultima istanza, della dignità della persona umana? Chi mai può negare che il principio dell'art. 11 ha avuto ed ha (specie nella presente congiuntura gravemente segnata dalla recrudescenza delle guerre e del terrorismo) la sua ragion d'essere nella contestazione secca delle sofferte esperienze vissute in occasione del secondo conflitto bellico, nel corso delle quali alcuni uomini si sono innaturalmente trasformati in bestie?

Quanti hanno difeso a spada tratta la esposizione dei "controlimiti" fatta nell'ordinanza 24 del 2017 della Corte costituzionale farebbero bene a non dimenticare la giusta avvertenza di una sensibile dottrina¹⁸, laddove ha fatto notare che "i diritti fondamentali devono essere difesi oggi ... *in Europa e con l'Europa*; non *contro l'Europa*" e che occorre, perciò, produrre a loro protezione un corale, immenso sforzo, ancora prima che nelle specifiche realtà nazionali, presso la Comunità internazionale e le organizzazioni, quale l'Unione, costituite al servizio della pace e della giustizia.

A tacer ogni altra considerazione, è dunque strategicamente perdente il disegno delineato da quelle Corti costituzionali, tra le quali – come insegna *Taricco* – anche la nostra, volto ad uno sterile (e, anzi, dannoso) isolamento, attraverso la stanca riproposizione di "logiche" tipiche dello Stato nazionale, che appaiono nondimeno vistosamente stonate rispetto al presente contesto segnato da una integrazione sovranazionale avanzata. Una integrazione che, per vero, si porta avanti in modi che per plurime ragioni espongono il fianco a critiche argomentate e penetranti ma che, ad ogni buon conto, si è rivelata (e si rivela) preziosa al fine della salvaguardia della pace e della giustizia e dell'appagamento di diritti che altrimenti sarebbero rimasti

¹⁶ ... dal momento che – come qui pure si viene dicendo – la gerarchia, quando la si fa, la si può avere unicamente *in concreto*, in vista della ottimale affermazione nei singoli casi della Costituzione come "sistema", mai *in astratto* o *in vitro*, qualificando perciò come recessivo un principio fondamentale rispetto agli altri.

¹⁷ Altra questione, cui nondimeno non può ora riservarsi neppure un cenno, è se diritti e doveri facciano capo tutti e in egual misura ad ogni essere umano ovvero ai soli cittadini e, comunque, unicamente ad alcune persone (ad es., agli stranieri stabilmente residenti). Se n'è discusso in molte sedi, tra le quali, il Convegno del Gruppo di Pisa su *Cos'è un diritto fondamentale?*, Cassino 10-11 giugno 2016, in www.gruppodipisa.it, e il Convegno su *Immigrazione e diritti fondamentali*, Siracusa 4 maggio 2017, in *paper*.

¹⁸ Part. F. VIGANÒ, *Le parole e i silenzi. Osservazioni sull'ordinanza N. 24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in AA.VV., *Il caso Taricco e il dialogo fra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, cit., 475, con richiamo ad un suo precedente scritto nel quale è riportato il pensiero fedelmente trascritto nel testo.

sguarniti di tutela o, come che sia, non adeguatamente realizzati¹⁹.

Inaccettabile è, dunque, la rappresentazione monca della identità costituzionale esibita dalla ord. 24, dalla quale è stato in partenza estromesso il riferimento all'art. 11 ed ai valori nello stesso riconosciuti, in tal modo privandosi – come si è venuti dicendo – i principi restanti del sussidio che può da questo essere loro offerto²⁰.

Giusta la notazione critica di ordine metodico-teorico qui nuovamente fatta, suona francamente difficile condividere l'apprezzamento fatto della ordinanza di rinvio pregiudiziale sopra richiamata da parte di quanti²¹ ne hanno – forse, con elogio eccessivo – giudicato la “trama argomentativa, vivida e luminosa”, mentre altri, di contro, ne hanno rilevato la “durezza e assertività”, specie di alcuni passaggi argomentativi²².

Sta di fatto che la parzialità delle prospettive adottate da entrambe le Corti, coi conseguenti svolgimenti teorici, ha portato ad una divaricazione di posizioni apparentemente incolmabile. È chiaro, infatti, che il “dialogo”, che può ovviamente portare all'affermazione di tesi non coincidenti e persino frontalmente contrapposte²³, presuppone la “propensione all'ascolto reciproco”²⁴, di cui però qui non si è avuta, perlomeno ad oggi, traccia²⁵.

3.

Le due anime presenti presso la Corte dell'Unione: i pregiudizi metodico-teorici disvelati dalle *Conclusioni* su *Taricco* dell'Avvocato Generale Y. Bot e la sensibilità manifestata verso l'identità costituzionale dello Stato dalle *Conclusioni* su *Scialdone* dell'Avvocato Generale M. Bobek.

Le notazioni critiche appena svolte a me pare che possano valere altresì per gli argomenti e, prima ancora, l'impostazione metodico-teorica che traspaiono dalle *Conclusioni* dell'Avvocato

¹⁹ Un numero assai elevato di casi potrebbe essere riferito a conferma di quest'assunto, praticamente esteso ad ogni piano di esperienza sociale; e basti solo sfogliare rapidamente al riguardo i commentari della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo, tra i quali, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di S. Bartole - P. De Sena - V. Zagrebelsky, Cedam, Padova 2012 e, più di recente, *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, a cura di A. Di Stasi, Wolters Kluwer - Cedam, Padova 2016, e *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. Mastroianni - O. Pollicino - S. Allegrezza - F. Pappalardo - O. Razzolini, Giuffrè, Milano 2017.

²⁰ Da altro angolo visuale e con svolgimenti parimenti non coincidenti con quelli presenti nei miei scritti sopra richiamati (in specie di quello a commento della ord. 24), anche R. MASTROIANNI, *La Corte costituzionale si rivolge alla Corte di giustizia in tema di “controlimiti” costituzionali: è un vero dialogo?*, in AA.VV., *Il caso Taricco e il dialogo fra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, cit., 284 ss., ha denunziato come, nella circostanza, non si sia fatto alcun bilanciamento in concreto tra i principi di cui agli artt. 11 e 25 cost.

²¹ ... e, tra questi, V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a “Taricco” (Note minime sull'ordinanza N. 24 del 2017)*, in AA.VV., *Il caso Taricco e il dialogo fra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, cit., 207 ss., del quale è il giudizio riferito nel testo (a 217).

²² Così, part., D. TEGA, *Il tono della Corte costituzionale N. 24/2017 e i suoi destinatari: narrowing the dialogue*, cit., 455.

²³ “Dialogo” è, infatti, parlarsi, purché ciò si abbia senza riserve mentali, non necessariamente pensarla allo stesso modo. Sul “dialogo” è venuta formandosi – come si sa – una produzione dottrinale ormai incontenibile; il punto è che però restano molte volte inesplicitate le premesse metodico-teoriche del discorso, ed è chiaro che l'utilizzo, pur inconsapevole, di linguaggi diversi rende impossibile la reciproca comunicazione [in argomento, tra i molti altri, AA.VV., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisdizionale, tutela dei diritti fondamentali*, a cura di L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2015; AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, a cura di L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2016; AA.VV., *Il filo delle tutele nel dedalo d'Europa*, cit.; AA.VV., *Dialogando sui diritti. Corte di Cassazione e CEDU a confronto*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016; A. RIDOLFI, *Giurisdizione costituzionale, Corti sovranazionali e giudici comuni: considerazioni a proposito del dialogo tra le Corti*, in *www.rivistaaic.it*, 3/2016, 18 luglio 2016; V. SCIARABBA, *La tutela dei diritti fondamentali nella Costituzione, nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in *www.rivistaaic.it*, 1/2017, 2 febbraio 2017; R. CONTI, *Il sistema di tutela multilivello e l'interazione tra ordinamento interno e fonti sopranazionali*, in *Quest. giust.*, 4/2016, e, pure *ivi*, *La giurisdizione del giudice ordinario e il diritto Ue*, 12 maggio 2017. Utili indicazioni possono, infine, aversi dai contributi al III Congresso mondiale di Giustizia costituzionale su *Giustizia e Costituzione agli albori del XXI secolo*, Bologna 10-13 ottobre 2017, part. da quelli alla prima sessione, dedicata a *La tutela dei diritti umani tra Corti nazionali e Corti sopranazionali*].

²⁴ C. CUPELLI, *La posta è in gioco. Il caso Taricco nel dialogo tra le Corti*, in AA.VV., *Il caso Taricco e il dialogo fra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, cit., 81 (il corsivo è testuale).

²⁵ Scrivo in attesa della risposta alla domanda di rinvio da parte della Corte dell'Unione e del seguito che a quest'ultima potrà essere dato dalla Consulta.

Generale Y. Bot presentate nel luglio scorso²⁶.

Si coglie in esse una nota dominante che permea di sé l'intero, articolato ragionamento svolto. Bot aveva, infatti, davanti a sé uno scoglio preliminare da superare al fine di non concedere uguale rilievo agli elementi costitutivi dell'identità dell'Unione (e, segnatamente, ai principi del primato e a quello di salvaguardia dei principi di struttura degli Stati membri), non ammettendo di conseguenza che il bilanciamento avrebbe potuto astrattamente aprirsi ad un esito tale da portare all'affermazione del secondo. Contesta, dunque, una certa lettura invalsa del "metacriterio" della tutela più intensa, di cui all'art. 53 della Carta di Nizza-Strasburgo²⁷, che avrebbe potuto far considerare maggiormente adeguata la disciplina nazionale rispetto a quella eurounitaria, con l'effetto di far valere le ragioni enunciate nell'ord. 24. L'Avvocato Generale ricorre allo scopo ad un argomento che equivale nella sostanza a far prevalere *in ogni caso* il principio del primato su ogni altro principio. Afferma, infatti, che il canone della massimizzazione della tutela non osta comunque alla esecuzione del giudicato eurounitario²⁸: come dire, insomma, che, seppur dovesse dimostrarsi maggiormente attrezzato l'ordine interno alla salvaguardia complessiva delle esigenze del caso, il verdetto del giudice eurounitario non potrebbe comunque esser disatteso²⁹. È un'affermazione – com'è chiaro – pesante e gravida di implicazioni e complessive valenze. La Corte di giustizia è, sì, sollecitata a tener conto di alcune indicazioni presenti nelle *Conclusioni* stesse, specie per ciò che attiene al rilievo da assegnare alla natura del reato, quale definita dal legislatore dell'Unione³⁰; i verdetti della Corte stessa, ad ogni buon conto, non si discutono ma si eseguono. Se ne ha, dunque, una importante apertura di credito a beneficio del giudice eurounitario.

L'intero ragionamento svolto da Bot risente, poi, marcatamente, della prospettiva "eurocentrica" dalla quale la questione è riconsiderata. Così, nessuna concessione è fatta al punto di vista nazionale, quale rappresentato nella domanda della Consulta di rinvio pregiudiziale, per ciò che attiene alla qualifica della natura della prescrizione, la quale ultima costituisce una "nozione autonoma del diritto dell'Unione", con la conseguenza che "ogni atto diretto al perseguimento del reato nonché ogni atto che ne costituisce la necessaria prosecuzione interrompe il termine di prescrizione"³¹.

Di ben altro stampo, invece, le *Conclusioni* alle quali perviene l'Avvocato generale M. Bo-

²⁶ Cfr. a quella qui prospettata la lettura che ne danno M. BASSINI - O. POLLICINO, *The opinion of Advocate General Bot in Taricco II: Seven "Deadly" Sins and a Modest Proposal*, in www.verfassungsblog.de, 2 agosto 2017, nonché in *Dir. pen. cont.*, 13 settembre 2017. La soluzione in questo scritto prospettata di far riferimento, più (o anzi) che alle tradizioni costituzionali del singolo ordinamento statale, a quelle "comuni", seppur finemente argomentata, rischia tuttavia di non sortire gli effetti sperati, sol che si consideri, per un verso, che la distinzione tra l'una e l'altra specie di tradizioni, ancorché teoricamente prospettabile, appare nei fatti assai problematica e incerta, tutti gli Stati membri dell'Unione riconoscendosi (e dovendosi riconoscere) nei valori fondanti delle liberaldemocrazie, e, per un altro verso, che è assai remota la possibilità che la Corte di giustizia si trattenga dal far comunque valere il principio del primato, secondo quanto lo stesso Bot apertamente dichiara nel momento in cui sollecita gli Stati a dare in ogni caso seguito alle pronunzie della Corte stessa (v., infatti, quanto se ne dice subito di seguito nel testo).

²⁷ Copiosa la messe di scritti a riguardo del principio della miglior tutela (tra gli altri, G. D'AMICO, *La massima espansione delle libertà e l'effettività della tutela dei diritti*, in AA.VV., *Il diritto e il dovere dell'uguaglianza. Problematiche attuali di un principio risalente*, a cura di A. Pin, Editoriale Scientifica, Napoli 2015, 17 ss.; C. AMALFITANO - M. CONDINANZI, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Giappichelli, Torino 2015, 126 ss. e 168 ss.; G.M. SALERNO, *I diritti fondamentali tra le tradizioni costituzionali comuni e i controllimiti a tutela dell'identità costituzionale*, in *Il Filangieri*, Quad. 2014 su *Unione europea e principi democratici*, Jovene, Napoli 2015, 103 ss.; C. PANZERA, *Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali*, in *Consulta OnLine*, 2/2015, 3 giugno 2015, spec. 492 ss.; nella stessa *Rivista*, A. SPADARO, *Sull'aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale. Nota sulla discutibile "freddezza" della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL*, 504 ss. e, dello stesso, ora, *La "cultura costituzionale" sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, fra modelli di riferimento e innovazioni giuridiche*, in AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, cit., spec. 55 ss.; *ivi* pure C. SALAZAR, *I diritti sociali nel "gioco delle tre Carte": qualche riflessione*, 217 ss., e L. D'ANDREA, *A mo' di sintesi: ordinamento europeo e costituzionalismo contemporaneo*, spec. 314 ss.; L. CAPPUCCIO, *La massima espansione delle garanzie tra Costituzione nazionale e Carte dei diritti*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, I, Giappichelli, Torino 2016, 412 ss.; A.O. COZZI, *Diritti e principi sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Profili costituzionali*, Jovene, Napoli 2017, 92 ss., spec. 111 ss.; M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in www.rivistaaic.it, 3/2017, 16 luglio 2017, spec. 12 ss. Infine, A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, in corso di stampa per i tipi della Giuffrè, spec. 222 ss., ma *passim*).

²⁸ Parr. 16 e 118 ss., spec. 144 ss.

²⁹ Anche quando sbaglia, dunque, la Corte dell'Unione ha sempre... *ragione!* Peccato che, a seguire questo ragionamento fino in fondo, lo stesso dovrebbe dirsi anche per la nostra Corte, *ex art. 137, ult. c., cost.*, con la conseguenza che, perdurando il conflitto tra le due Corti, i giudici comuni e gli operatori in genere si troverebbero messi in croce non potendo allo stesso tempo dare seguito ad entrambi i verdetti dalle stesse emessi e neppure però potendo disattenderli. Vedo un solo modo per sfuggire alla morsa soffocante di questo ragionamento: considerare anche i disposti normativi che prescrivono l'obbligo della osservanza delle pronunzie delle Corti in parola suscettibili di partecipare ad operazioni di bilanciamento, al pari dei principi fondamentali nei cui riguardi essi si pongono in posizione servente.

³⁰ Par. 116. Si faccia caso al fatto che, in questo così come in altri passaggi, marcata è la parzialità della prospettiva, schiacciata sulle esigenze facenti capo all'Unione.

³¹ Parr. 101 e 109.

bek, in causa C-574/15, *Scialdone*, presentate il 13 luglio 2017: un caso che esibisce forti assonanze rispetto a *Taricco* (qui pure è evocato in campo l'art. 325 TFUE³²) ma anche sostanziali differenze (specie per il fatto che l'IVA era poi stata pagata³³); e un caso in cui nelle *Conclusioni* stesse si riconoscono e fanno valere le ragioni riportabili ai principi di certezza del diritto e della *lex mitior*³⁴, come tali ostativi alla messa da canto della disciplina nazionale più favorevole³⁵. Il passaggio cruciale, al riguardo, si ha nei par. 142 e 144: nel primo, si afferma che “il principio di legalità osta alla possibilità di mettere da parte le disposizioni penali più favorevoli durante procedimenti penali in corso, anche se queste ultime dovessero essere ritenute incompatibili con il diritto dell'Unione. In altri termini, in un caso come quello in esame, il primato delle disposizioni di diritto dell'Unione, che impone agli Stati membri l'obbligo di rendere esecutive sanzioni effettive, dissuasive e simili, deve essere applicato in modo coerente con altre norme di pari rango all'interno dell'ordinamento giuridico dell'Unione: il principio della *lex mitior*, previsto dall'articolo 49, paragrafo 1, della Carta, unitamente alla tutela del legittimo affidamento e alla certezza del diritto, considerati nel contesto specifico del diritto penale”. Nel secondo, si scarta l'idea che il principio del primato debba farsi valere senza “se” e senza “ma”, dovendo piuttosto soggiacere ad operazioni di bilanciamento con altri principi ugualmente fondamentali: “le conseguenze pratiche del primato nei singoli casi devono essere ... controbilanciate e armonizzate con il principio generale di certezza del diritto e, in modo più specifico nel settore del diritto penale, con il principio di legalità”³⁶.

Al tirar delle somme, come si vede, gli Avvocati prospettano due letture divergenti dell'art. 4.2: quella di Bot devalutando la portata espansiva di tale disposto, col fatto stesso di respingere seccamente la ricostruzione operata dalla Consulta del significato dell'art. 53, sopra cit., in quanto pregiudizievole nei riguardi del principio del primato³⁷; di contro, quella di Bobek mostrando una inusuale attenzione nei riguardi del principio della massimizzazione della tutela, nel suo fare “sistema” con quello della salvaguardia dei principi di base degli ordinamenti nazionali³⁸.

4.

Segue: La cruciale questione relativa alla individuazione del soggetto che ha il titolo per dare il riconoscimento “autentico” dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali, la sua adeguata soluzione che tenga conto del pur parziale e nondimeno avanzato processo d'integrazione sovranazionale in corso, le implicazioni di ordine istituzionale che possono aversene (specie per ciò che concerne la contrapposizione tra un modello ordinamentale fondato sulla “legalità legale” ed uno invece ispirato ad una crescente “legalità giudiziale”).

Il cuore della questione, infatti, come si accennava poc'anzi, riguarda la individuazione del soggetto avente il titolo di dare il riconoscimento “autentico” dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali. Una questione complessa, che una volta di più richiede di esser vista

³² ... che Bobek ammette non essere forse “la disposizione più trasparente del Trattato” (par. 64).

³³ ... e – fa notare Bobek – “la Corte ha confermato che il versamento tardivo dell'IVA non può essere assimilato, di per sé, all'evasione fiscale o alla frode” (par. 67). Aggiunge, poi, che “l'omesso versamento dell'imposta *correttamente* dichiarata nei termini di legge non può essere considerato tanto grave al punto che l'obbligo di adottare misure efficaci e dissuasive richiederebbe inevitabilmente la previsione di sanzioni penali” (par. 124).

³⁴ Quest'ultima è considerata principio generale del diritto dell'Unione derivante dalle tradizioni costituzionali comuni (spec. par. 155): un riconoscimento di particolare rilievo, che dà conferma del grado d'integrazione raggiunto dagli ordinamenti e avvalorata, perciò, l'idea che la mancata osservanza del principio in parola comporterebbe, a un tempo, un *vulnus* per l'identità costituzionale di entrambi gli ordinamenti.

³⁵ Par. 150 ss.

³⁶ Di qui, piana la conclusione per cui la normativa nazionale, di cui al decreto legislativo n. 158 del 2015, siccome maggiormente favorevole (e, dunque, “coperta” dall'art. 53, cit.), non può essere disapplicata dal giudice nazionale.

³⁷ Spec. par. 155 ss., dove è un non casuale riferimento a *Melloni*.

³⁸ Abilmente, Bobek, così come aveva già fatto la Consulta nella ord. 24, fa richiamo al passo della *Taricco* in cui la stessa Corte dell'Unione si dichiara attenta verso le aspettative di tutela dei diritti fondamentali, in buona sostanza così lanciando un *assist* al giudice eurounitario e incoraggiandolo a riprendere e valorizzare proprio questo passaggio nella risposta alla domanda di rinvio pregiudiziale venutagli da Roma (par. 168: “il giudice nazionale dovrà allo stesso tempo assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati”).

non già da un solo angolo visuale (e, segnatamente, da quello interno) bensì *congiuntamente e paritariamente* da entrambi gli ordinamenti. È fuor di dubbio che i principi in parola stanno a base degli ordinamenti degli Stati membri; e, però, essi rilevano *anche* quali componenti il principio fondamentale di cui all'art. 4.2, che è un principio dell'Unione. Sui primi parrebbero aver titolo per pronunziarsi solo le autorità nazionali³⁹; sul secondo solo le autorità dell'Unione (e, segnatamente, il giudice di Lussemburgo).

Occorre tuttavia sul punto, di cruciale rilievo, fermare, pur nei limiti di spazio e di approfondimento cui va incontro questa succinta riflessione, l'attenzione, sgombrando il campo da alcuni equivoci frequentemente ricorrenti.

Il primo e più rilevante di essi è che a nessun potere costituito, quale che ne sia la natura, può essere riconosciuto il titolo di dare l'interpretazione autentica dei principi fondamentali, giusta la premessa teorica, altrove fissata, secondo cui la stessa compete all'organo o al soggetto che, potendo innovare a disposti normativi anteriori, ne può altresì stabilire autoritativamente il senso. Solo che i principi fondamentali resistono – secondo opinione corrente – alla revisione costituzionale, quanto meno – secondo la opportuna precisazione di un'accreditata dottrina – a revisioni *in peius*, a finalità di “restaurazione”⁴⁰. Può aggiungersi che le innovazioni costituzionali in genere si giustificano alla duplice condizione che risulti ormai provata l'inadeguatezza dei disposti preesistenti e che si presuma che i nuovi possano servire ancora meglio i principi (e, risalendo, i valori) fondamentali, alle condizioni oggettive di contesto⁴¹. La qual cosa può talora comportare la necessità di rimettere a punto gli enunciati espressivi dei principi medesimi, facendone ancora di più espandere la *vis* qualificatoria dell'esperienza di cui essi sono dotati⁴².

Tutti gli operatori, dunque, quali che ne siano la natura o le funzioni, possono (e devono) concorrere, con tipicità di ruoli e di responsabilità, alla incessante messa a punto dei principi, senza nondimeno che alcuno di essi possa avanzare l'insana pretesa di disporre del titolo esclusivo della loro ridefinizione (ciò che lo commuterebbe, innaturalmente, da potere costituito in potere costituente).

Questa premessa teorica acquista uno speciale rilievo anche ai fini della specifica questione ora nuovamente discussa; e mostra che né la Corte costituzionale né altri può rivendicare per sé il potere di dare l'unico, giusto ed insindacabile riconoscimento dei principi. Che, poi, si diano al riguardo prioritarie, particolarmente rilevanti, responsabilità a carico del “legislatore” (nella sua ellittica espressione, riassuntiva della pluralità delle sedi in cui prende forma la normazione), ovviamente, non si discute, come pure però è da tener parimenti fermo il potere di verifica e, se del caso, di “supplenza” – come pure, con una certa approssimazione, è usualmente chiamato – gravante sui giudici (non solo costituzionali⁴³) e sui garanti in genere.

Da questa prospettiva, va complessivamente riconsiderata l'accesa *querelle*, di cui anche nella circostanza che ha dato lo spunto per questa riflessione si è avuta una nitida eco, che vede contrapposti gli studiosi che rimpiangono un contesto connotato da una onnipervasiva “legalità legale” e gli studiosi che, di contro, patrocinano la crescente espansione ed affermazione della “legalità giudiziaria”⁴⁴: gli uni e gli altri dimentichi del fatto che tutti gli operatori sono chiamati all'immane compito della incessante messa a punto dei principi fondamentali e del loro complessivo invero – il massimo consentito alle condizioni date – nell'esperienza.

³⁹ Di una europeizzazione “di tipo ‘moderato’ o ‘debole’” dei controlimiti, gestiti dalle autorità nazionali, discorre R.E. KOSTORIS, *La Corte costituzionale e il caso Taricco, tra tutela dei ‘controlimiti’ e scontro tra paradigmi*, in AA.VV., *Il caso Taricco e il dialogo fra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, cit., 191, esprimendo efficacemente un punto di vista in cui molti si riconoscono (cfr., sul punto, M. LUCIANI, nello scritto sopra cit.).

⁴⁰ G. SILVESTRI, *Spunti di riflessione sulla tipologia e i limiti della revisione costituzionale*, in *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, II, Giuffrè, Milano 1987, 1183 ss., spec. 1206.

⁴¹ Maggiori ragguagli sul punto possono, volendo, aversi dal mio *Revisioni formali, modifiche tacite della Costituzione e garanzie dei valori fondamentali dell'ordinamento*, in *Dir. soc.*, 4/2005, 451 ss.

⁴² Si pensi, per fare ora solo un esempio, alla eventuale inclusione della salvaguardia dell'ambiente e dell'ecosistema nell'art. 9 o all'aggiornamento del catalogo dei diritti fondamentali.

⁴³ Un'appassionata ed argomentata sottolineatura dell'apporto quotidianamente offerto nelle sedi in cui si amministra la giustizia comune alla salvaguardia dei diritti fondamentali e, per ciò pure, alla incessante messa a punto semantica degli enunciati costituzionali, anche per effetto del dialogo tra le Corti, è negli scritti di R. CONTI, del quale, in aggiunta a quelli già richiamati, v. almeno *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Aracne, Roma 2010, e *I giudici e il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, Aracne, Roma 2014.

⁴⁴ Riferimenti nei contributi al Convegno su Aspettando la Corte costituzionale. *Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo*, cit., nonché in molti degli scritti riuniti ne *Il caso Taricco e il dialogo fra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, cit. (per tutti, R.E. KOSTORIS, *La Corte costituzionale e il caso Taricco, tra tutela dei ‘controlimiti’ e scontro tra paradigmi*, cit., spec. 177 e 187 ss.) e in V. VALENTINI, *Sweetening the pill. Il caso Taricco e l'illusionismo prospettico della Consulta*, in www.questionegiustizia.it, 12 giugno 2017, spec. 16 ss.

V'è di più. Come si viene dicendo, l'arena in cui siffatta opera di ridefinizione ha luogo, nel presente contesto segnato da una integrazione sovranazionale avanzata, va ben oltre l'*hortus conclusus* del singolo ordinamento dato (per ciò che qui specificamente interessa, di quello statale); e, per quanto ai sostenitori della causa "sovranista" dia alquanto fastidio doverlo ammettere, il campo ormai si distende all'intera area delle relazioni interordinamentali. D'altro canto, come negare, ad es., che le Corti europee abbiano dato (e diano), giorno dopo giorno, il loro fecondo e costruttivo apporto alla messa a fuoco di quei principi di libertà ed eguaglianza (e, in ultima istanza, dignità) in cui tutte le Carte si riconoscono e che solo nella loro mutua "integrazione nella interpretazione" – per riprendere la felice formula di sintesi di Corte cost. n. 388 del 1999 – ricevono la loro adeguata ed efficace ridefinizione per le esigenze dei casi?

Queste considerazioni, ad ogni buon conto, non giocano solo – per dir così – *a senso unico*, al fine cioè di dar modo ad operatori esterni di immettersi nei processi produttivi di senso dei principi fondamentali di diritto interno. Anche gli operatori nazionali, infatti, possono (e devono) giocare, fino in fondo, la loro parte nell'opera essa pure assai impegnativa di qualificazione degli enunciati delle Carte e dei documenti normativi in genere di produzione esterna; e basti solo, per avvedersene, tenere a mente il ruolo giocato dalle tradizioni costituzionali comuni in ordine alla tutela dei diritti fondamentali, le quali, a seguito delle originali rielaborazioni datevi dalla Corte dell'Unione, tornano quindi in ambito interno variamente influenzando i processi produttivi di senso degli enunciati costituzionali che in essi prendono corpo per le esigenze della pratica giuridica⁴⁵.

Viene qui in gioco il principio di cui al più volte richiamato art. 4.2. Ebbene, su di esso, in quanto enunciato nel trattato, parrebbe – come si diceva – aver titolo esclusivo per pronunciarsi la Corte dell'Unione, la quale nondimeno non può, di tutta evidenza, ignorare il punto di vista delle autorità nazionali. Ancora una volta, come si vede, del metodo del "dialogo" non può comunque farsi a meno; e non si può qui al riguardo tacere come pecchi di una certa supponenza l'argomentare dell'Avvocato Generale Bot laddove, facendo riferimento al mero dato letterale-sistematico⁴⁶, risolutamente riconosce quali principi fondamentali unicamente quelli elencati negli artt. 1-12 della nostra Carta costituzionale, escludendo "a priori" – apoditticamente, appunto... – dal novero suddetto il principio di legalità dei reati e delle pene⁴⁷.

Il vero è che qui si sconta il difetto del meccanismo che pone in rapporto l'ordinamento eurounitario con gli ordinamenti nazionali. Mentre infatti i collegamenti in fase ascendente sono assicurati dal rinvio pregiudiziale, nulla di tutto ciò si ha in fase discendente (e viene da pensare che non si avrà neppure per l'avvenire, non volendosi con ogni probabilità assoggettare il giudice dell'Unione ai *responsa* dei giudici nazionali⁴⁸; la qual cosa evidentemente è considerata un intralcio per la piena affermazione del primato del diritto dell'Unione⁴⁹). Ciò malgrado, proprio a motivo del fatto che la violazione dell'art. 4.2 si consuma laddove si ha quella di un principio di struttura di diritto interno, è fuor di dubbio che la Corte dell'Unione non possa in sovrana solitudine far luogo ad un accertamento siffatto, prescindendo dal punto di vista delle autorità statali. Il riferimento alla giurisprudenza nazionale (specie, ma non solo, costituzionale) è, dunque, obbligato.

⁴⁵ Su ciò hanno, ancora non molto tempo addietro, opportunamente sollecitato a fermare l'attenzione L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Giappichelli, Torino 2013; G. DE VERGOTTINI, *Tradizioni costituzionali e vincoli alla comparazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 4/2015, 953 ss. e, part., O. POLLICINO, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto "ascendente", ovvero l'incidenza delle "tradizioni costituzionali comuni" nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell'Unione*, in AA.VV., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, cit., 93 ss., e, dello stesso, *Della sopravvivenza delle tradizioni costituzionali comuni alla Carta di Nizza: ovvero del mancato avverarsi di una (cronaca di una) morte annunciata*, in AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, cit., 91 ss. Infine, M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit.

⁴⁶ La lettera degli enunciati e il posto da essi detenuto nella trama costituzionale hanno, ovviamente, il loro non secondario rilievo; non si dimentichi tuttavia che lo stesso è stato molte volte giudicato dalla giurisprudenza non risolutivo, più di un principio essendo riconosciuto come tale malgrado la sua sistemazione fuori dei primi dodici articoli della Carta (e proprio *Taricco* ne dà una eloquente conferma).

⁴⁷ Spec. par. 181. Assai diversa – come si è veduto – la prospettiva dell'Avvocato Generale Bobek, col riconoscimento fatto nelle sue *Conclusioni* su *Scialdone* al principio di legalità.

⁴⁸ Altra questione, che non può qui trovare spazio per la sua adeguata trattazione, è poi quella relativa alla individuazione del giudice competente a dare risposta alla Corte dell'Unione, qualora dovesse un domani aversi la previsione di un rinvio pregiudiziale discendente. Si riproporrebbe, infatti, la micidiale questione, sopra discussa, circa la sede istituzionale competente a dare l'interpretazione "autentica" dei principi.

⁴⁹ Non a caso, d'altronde, anche sul versante dei rapporti con la Corte EDU si è pensato ad introdurre uno strumento *soft*, qual è la richiesta di parere non vincolante, di cui al prot. 16 allegato alla Convenzione (su di esso, per tutti, AA.VV., *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di E. Lamarque, Giappichelli, Torino 2015, e, ora, A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, cit., 321 ss.).

Forse, potrebbe qui valere, *mutatis mutandis*, la soluzione patrocinata da Corte cost. n. 49 del 2015 al piano dei rapporti tra giudici nazionali e Corte EDU. Così, in presenza di un indirizzo “consolidato” dei giudici nazionali⁵⁰, il vincolo per la Corte di giustizia sarebbe stringente, mentre verrebbe meno in mancanza di un indirizzo siffatto; il che equivale a riconoscere il peso di *consuetudini culturali* diffuse e radicate nel diritto vivente in ambito interno. La qual cosa, nondimeno, non toglie che il giudice dell’Unione ugualmente reputi utile di far riferimento anche a pronunzie isolate, al fine dell’ottimale risoluzione della controversia.

Applicato questo schema a *Taricco*, sarebbe dunque assai arduo argomentare che la Corte di giustizia possa discostarsi dal punto di vista della Consulta in merito alla natura delle norme sulla prescrizione, ove si consideri che esso risulta sorretto da un conforme e “consolidato” punto di vista degli stessi giudici comuni. Ciò che, tuttavia, rimane non chiarito è se la loro qualifica in termini di disciplina di diritto sostanziale (e non processuale) sia, o no, disponibile. Ammesso pure, infatti, che siffatta qualifica sia appropriata, a me parrebbe essere ancora più arduo dimostrare che *ogni* norma penale, *sol perché tale*, debba considerarsi espressiva di un principio fondamentale o, come che sia, nei suoi riguardi servente, come tale insuperabile anche da norme (quali quelle eurounitarie) cui è riconosciuto rango costituzionale; e basterebbe-ro a darne la prova i non infrequenti casi di depenalizzazione o di alleggerimento della pena⁵¹.

Per quest’aspetto (ma solo per esso), non appare fuori centro la sollecitazione rivolta dall’Avvocato Generale Bot per un’“armonizzazione” delle discipline nazionali in materia, anche al fine di “garantire una tutela degli interessi finanziari dell’Unione equivalente e uniforme in tutti gli Stati membri”⁵². Sta di fatto, però, che al presente tutto ciò non si ha. Il punto di vista della Consulta in ordine alla natura della disciplina in parola merita, dunque, rispetto; ma uguale rispetto – qui è il cuore della questione – merita altresì il punto di vista della Corte dell’Unione e, ora, dell’Avvocato Generale Bot nella parte in cui si fanno cura degli interessi finanziari dell’Unione stessa che, riguardati dall’angolo visuale del diritto interno, risultano provvisti della “copertura” di uno dei *nostri* principi fondamentali, nel suo fare “sistema” coi principi restanti: interessi che perciò, in forza della “copertura” suddetta, piaccia o no e fintantoché permane la nostra appartenenza all’Unione, sono anche... *nostri*.

5.

La “morale” lasciataci da *Taricco* (con specifico riguardo alla conversione dei conflitti interordinamentali in conflitti intraordinamentali e alla loro possibile, auspicabile commutazione in *conflitti apparenti*, se del caso mettendo allo scopo in campo tecniche decisorie manipolative).

Quali insegnamenti, dunque, ci lascia la vicenda *Taricco*, pur nel suo non lineare e complessivamente censurabile svolgimento?

Il primo è che, a motivo della pur parziale e però avanzata integrazione tra gli ordinamenti, i conflitti tra gli stessi, specificamente laddove riguardanti principi fondamentali, si risolvono interamente e pianamente in conflitti intraordinamentali⁵³, a motivo del coinvolgimento del principio dell’apertura verso l’esterno (verso l’alto da parte del diritto nazionale e verso il basso da parte del diritto sovranazionale). Laddove, poi, in sede di bilanciamento, le ragioni che fanno capo a tale principio dovessero risultare preminenti, se ne avrebbe il carattere meramente *apparente* del conflitto, vale a dire il suo superamento per effetto dell’accettazione delle ragioni dell’“altro”. Il punto è che difficilmente quest’accettazione può essere piena, incondizionata. Le Corti, insomma, devono, per quanto possibile, produrre ogni sforzo per venirsi incontro

⁵⁰ Accese discussioni – come si sa – si sono avute in merito al criterio in parola, pur dopo i chiarimenti al riguardo dati da Corte cost. n. 68 del 2017 (ma, di ciò, in altri luoghi).

⁵¹ Non si dimentichi che, in ogni caso, i principi fondamentali soggiacciono pur sempre – come qui pure si è venuti dicendo – a reciproco e mai finito bilanciamento.

⁵² Par. 106. D’altronde, da tempo la più avvertita dottrina ha rilevato essere la disciplina in parola un “insostenibile fardello” (così, riassumendo ed efficacemente esprimendo un diffuso sentire, G. RICCARDI, *Obblighi di disapplicazione in malam partem di fonte eurounitaria tra limiti di attribuzione ‘internazionale’ e controlimiti ‘costituzionali’*, in AA.VV., *Aspettando la Corte costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo*, in *www.rivistaaic.it*, 4/2016, 11 novembre 2016, 12 ss.).

⁵³ Ho iniziato a discorrere della risoluzione dell’una specie di conflitto nell’altra nel mio *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e “controlimiti” mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in *www.rivistaaic.it*, 1/2011, 1 marzo 2011.

a vicenda, trovando una onorevole soluzione di compromesso ed offrendo in tal modo l'opportunità a tutti i principi in campo di farsi, seppure in parte, valere. Per fortuna, le Corti dispongono di risorse argomentative formidabili e di strumenti, molti dei quali dalle stesse forgiati, allo scopo spendibili.

In *Taricco*, così come in altre vicende coinvolgenti i principi, potrebbe tornare utile – come si è tentato di mostrare altrove⁵⁴ – la manipolazione degli effetti temporali delle decisioni delle Corti (segnatamente, di quella dell'Unione), sì da dar modo alle ragioni di cui l'una Corte si fa portatrice di potersi affermare in un segmento temporale, per quindi cedere il passo alle ragioni dell'altra, e sollecitando l'adozione di tutte le misure (specie legislative) giudicate opportune al fine di evitare la reiterazione dei conflitti. La modifica della disciplina della prescrizione e – fin dove possibile – la sua “europeizzazione”, nel senso da ultimo auspicato dall'Avvocato Generale, potrebbe essere una testimonianza di buona volontà da parte del legislatore nazionale, idonea a rimediare, seppur tardivamente, al carattere “ultimativo” del discorso fatto dalla Consulta nella sua domanda pregiudiziale⁵⁵.

⁵⁴ ... nel mio *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronunzia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)*, in AA.VV., *Il caso Taricco e il dialogo fra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, cit., 393 ss., spec. 400 ss.

⁵⁵ Siffatta qualifica si rinviene, oltre che nel mio scritto da ultimo cit., anche in altri contributi che sono in AA.VV., *Il caso Taricco e il dialogo fra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, cit.

Oggettivo, soggettivo ed evolutivo nella prevedibilità dell'esito giudiziario tra giurisprudenza sovranazionale e ricadute interne

Objective, Subjective and Evolutionary in Foreseeability of the Judicial Decision Between European Jurisprudence and Our Own Judgments

SILVIA DE BLASIS

*Dottoranda di ricerca in Diritto penale presso l'Università degli Studi Roma Tre
silvia.deblasis@uniroma3.it*

PREVEDIBILITÀ DELLE DECISIONI GIUDIZIALI,
DIRITTO GIURISPRUDENZIALE

FORESEEABILITY OF JUDICIAL DECISIONS,
CASE LAW

ABSTRACT

Il principio della prevedibilità della decisione giudiziale costituisce, come noto, un corollario della legalità europea. Ad un esame approfondito della giurisprudenza EDU, emergono tuttavia diverse accezioni, tanto da potersi individuare tre possibili criteri definitori rispetto ai quali muta pure il ruolo del contrasto giurisprudenziale e del precedente qualificato. Tale "poliformità" si riflette peraltro anche sulla giurisprudenza comunitaria. Non resta allora che interrogarsi sull'oggetto, sui parametri e soprattutto sui limiti della prevedibilità stessa, da rapportare ormai, in un'ottica di lucido realismo, alla qualificazione giuridica del fatto e al relativo trattamento sanzionatorio piuttosto che all'esito giudiziario esposto a un'infinità di variabili, queste sì davvero imprevedibili.

The principle of foreseeability of the judicial decision constitutes, as known, an addition of European legality. Through a meticulous research of case-law, however, appear different meanings of this principle, as a matter of fact, it seems to be possible to identify three possible defining criteria respect to which the role of the jurisprudential contrast and the qualified precedent also changes.

This plurality of forms is also reflected in the European jurisprudence and in our own jurisprudence.

We must ask ourselves about the object, about the parameters and especially on the limits of the predictability to relate in a realistic perspective and to the legal classification of the fact and to the relative sanctioning treatment rather than to the judicial outcome exposed to infinite variables, these are unpredictable.

SOMMARIO

1. Premessa: il principio di prevedibilità quale corollario della legalità europea. – 2. “Evolutivo”, “soggettivo” e “oggettivo” quali criteri del giudizio di prevedibilità della decisione. – 2.1. Il criterio evolutivo: il caso S.W. c. Regno Unito. – 2.2. Il criterio soggettivo: Groppera Radio c. Svizzera e Soros c. Francia. – 2.3. Il criterio oggettivo tra *law in the books* e *law in action*: *Sunday Times* c. Regno Unito e altri. – 3. Il riferimento al “precedente qualificato”: il caso *Contrada* c. Italia. – 3.1. (segue) Il richiamo alla sentenza Demitry come avulso dalla “contestazione in fatto”: il rischio di un *overruling* sfavorevole per i “fratelli minori” di Contrada. – 3.2. Il contrasto giurisprudenziale come possibile indice di prevedibilità. – 3.3. Le ricadute interne. Il concorso esterno non esiste... o forse sì: i casi Ciancio, Trematerra e Dell’Utri. – 4. La precisione quale requisito di “prevedibilità”. Quando l’“accessibilità” non basta: il caso *de Tommaso* c. Italia e le SS.UU. Paternò (in attesa della Corte Costituzionale). – 5. Riflessi della prevedibilità nella giurisprudenza comunitaria: il caso *Taricco* e il suo epilogo. – 6. Uno sguardo alla prevedibilità e applicazioni nella giurisprudenza interna. La Corte Costituzionale tra determinatezza e colpevolezza: la “soluzione” dell’art. 5 c.p. – 6.1. (segue). La Corte di Cassazione: solo due esempi in tema di concorso apparente di norme e tentativo di rapina impropria. – 6.2. La “mossa” del legislatore: il vincolo (a metà) del precedente qualificato alla luce della Riforma Orlando (l. n. 103/2017). – 7. Osservazioni conclusive sulla residua incertezza dell’oggetto e del criterio di prevedibilità: dall’esito giudiziario alla qualificazione giuridica del fatto nei termini della sentenza Drassich.

1.

Premessa: il principio di prevedibilità quale corollario della legalità europea.

È affermazione ormai tralatizia che attraverso la «rigorosa osservanza della lettera di una legge penale [...] acquistano i cittadini quella sicurezza di loro stessi che è giusta, perché è lo scopo per cui gli uomini stanno in società, che è utile perché li mette nel caso di esattamente calcolare gl’inconvenienti di un misfatto»¹. Il concetto di prevedibilità degli ‘inconvenienti’ derivanti dall’inosservanza delle leggi era già presente – come visto – nel pensiero di Beccaria il quale, però, evidentemente lo intendeva come monito per il legislatore affinché emanasse leggi chiare e precise onde evitare che l’attività del giudice superasse il compito di applicare la disposizione attraverso un “sillogismo perfetto”.

Come noto, l’art. 7 CEDU sancisce letteralmente solo l’irretroattività della legge, ma dottrina e giurisprudenza lo hanno interpretato ugualmente come portatore anche dei due principi fondamentali del *nullum crimen, nulla poena sine lege*².

Tuttavia, l’interpretazione convenzionalmente orientata di tale principio è ben lontana da quella che, a partire dall’illuminismo, ha unito i penalisti in una sorta di “cittadella fortificata”³ all’interno della quale il ruolo di fonte del diritto penale era riconosciuto solo alla legge intesa come atto emanato dal Parlamento⁴.

¹ Cfr. BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, Newton, Roma, 2012, § IV, p. 35.

² Si veda, tra gli altri, BERNARDI A., “*Riserva di legge*” e fonti europee in materia penale, in *Annali dell’università di Ferrara*, sez. V, vol. XX, 2006 p. 41; NICOSIA E., *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e diritto penale*, Torino, 2006; VIGANÒ F., *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007 p. 42; ZAGREBELSKY G., *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in *ius17@unibo.it*, n. 2/2008.

³ L’espressione è di PALAZZO F., *Principio di legalità e giustizia penale*, in *Cass. Pen.* fasc. 7-8, 2016, p. 2695.

⁴ Come noto, da diverso tempo ormai, il corollario della riserva di legge conosce una profonda crisi di cui l’incidenza del diritto europeo e, soprattutto, della giurisprudenza sovranazionale, rappresenta solo una delle cause. Per una ricognizione della crisi della riserva di legge si veda, tra gli altri, EUSEBI L., *L’insostenibile leggerezza del testo: la responsabilità perduta della progettazione politico-criminale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 4, 2016, p. 1668; FIANDACA G., *Prima lezione di diritto penale*, Laterza, Bari, 2017; ID., *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, in *Cass. Pen.*, fasc. 1, 2017, p. 0013; ID., *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell’età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, pp. 84 ss; ID., *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini*, XXXVI, Milano, 2007, pp. 1255 ss.; INSOLERA G., *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell’“epoca dei giudici”*, in *Criminalia*, 2012, pp. 285 ss; MANNA A., *Il principio di legalità*, in *Arch. Pen.*, n. 3/2017; MEZZETTI E., *Diritto penale. Casi e materiali* – II edizione, Zanichelli, 2017, pp. 3 ss.; PALAZZO F., *Il principio di determinatezza nel diritto penale: la fattispecie*, Cedam, Padova, 1979; ID., *Legalità penale: considerazioni su trasformazioni e complessità di un principio “fondamentale”*, in *Quaderni fiorentini*, XXXVI, Milano, 2007, pp. 1294 ss.; ID., *Legalità fra law in the books e law in action*, in *questa Rivista*, n. 3/2016; PINO G., *L’insostenibile leggerezza della legalità penale*, in *Criminalia*, 2012, pp. 167 ss.; TRAPANI M., *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico*, in *Arch. Pen.*, 1/2017, p. 60; relativamente alla mancanza di determinatezza delle clausole generali, CASTRONUOVO D., *Tranelli del linguaggio e “nullum crimen”*. *Il problema delle clausole generali nel diritto penale*, in *Leg. Pen.*, 5 giugno 2017.

La legalità penale europea non è esattamente corrispondente a riserva di legge⁵, ma vi è una commistione tra sistemi di *common law* e *civil law* che, di fatto, finisce per equiparare il diritto di origine giurisprudenziale a quello che riconosce il ruolo di fonte solo alla *lex positiva*⁶. Non solo, peraltro, il principio di legalità europea è ritenuto compatibile con un diritto giurisprudenziale⁷ ma la Corte EDU ha spesso messo in evidenza la necessità della funzione interpretativa della giurisprudenza⁸ nonché la sua perfetta compatibilità con la lettera dell'art. 7 CEDU, a patto che la scelta applicativa risulti concretamente prevedibile⁹.

Nel testo dell'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo non vi è traccia della parola "legge", neppure nella traduzione ufficiale in lingua italiana, ma si parla piuttosto di "diritto" che evidentemente esprime un significato molto più ampio tanto da ricomprendere nel § 2 dell'art. 7 CEDU¹⁰, persino i principi generali riconosciuti dalle nazioni civili¹¹.

Quella accolta a livello europeo è quindi una concezione autonoma di legge fondata su un modello ermeneutico che abbandona la visione strettamente formale per abbracciare una concezione sostanziale¹², la cui tenuta garantistica sarebbe assicurata dal ricorso ai criteri di conoscibilità della norma e prevedibilità delle conseguenze della propria condotta¹³, prevedibilità riferita anche all'interpretazione che alla *lex scripta* dà la giurisprudenza¹⁴. Certamente sussulterebbe Beccaria che, riducendo l'interpretazione a mera operazione sillogistica, riteneva non vi fosse cosa più pericolosa della necessità di consultare lo spirito della legge¹⁵.

La prevedibilità, dunque, che trova senza dubbio una base costituzionale nel combinato disposto di cui agli artt. 25 co. 2 e 27 co. 1 e 3 Cost., risponde certamente a una logica di tutela dei diritti soggettivi del destinatario della norma, ma è funzionale anche alla tutela di principi e interessi oggettivi costituzionalmente garantiti tra cui l'uguaglianza e parità di trattamento di cui all'art. 3 Cost. e, più in generale, risponde ad una logica di arricchimento delle garanzie

⁵ La stessa Corte Costituzionale nella sent. n. 230/2012 ha specificato che «il principio convenzionale di legalità risulta meno comprensivo di quello accolto nella costituzione italiana (e, in generale, negli ordinamenti continentali). Ad esso resta, infatti, estraneo il principio – di centrale rilevanza nell'assetto interno – della riserva di legge nell'accezione recepita dall'art. 25 Cost.». In senso difforme si veda, FIANDACA G., *Sulla giurisprudenza costituzionale*, cit. secondo cui «questo assunto della minore comprensività della legalità convenzionale andrebbe riconsiderato, poiché vi sono aspetti della legalità europea che viceversa arricchiscono in particolare la dimensione garantistica della legalità domestica, nella misura in cui proiettano l'esigenza di tassatività e di conoscibilità preventiva del precetto penale anche sul versante dell'applicazione giurisprudenziale, in termini di prevedibilità della decisione giudiziaria» p. 0025; ID., *Prima lezione di diritto penale*, cit., nel quale l'Autore si chiede se «in una prospettiva di arricchimento delle garanzie del cittadino, è possibile promuovere sin da ora un processo di progressiva integrazione della dimensione nazionale e della dimensione europea della legalità penale», p. 147; nonché VIGANÒ F., *Il nullum crimen contesto: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'?*, in *Dir. pen. cont.*, pp. 9 ss.

⁶ Sul punto ZAGREBELSKY G., in *La Convenzione europea*, cit., ha evidenziato come ciò determini una perdita della protezione europea rispetto al significato della riserva di legge che rappresenta, in particolare, la garanzia del dialogo tra maggioranza e opposizione.

⁷ Per una puntuale analisi dello sviluppo della giurisprudenza – fonte si veda DONINI M., *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *questa Rivista*, 3/2016.

⁸ Per es., Corte EDU, Grande Camera, 10 luglio 2012, *Rio Prada c. Spagna*, ric. 42750/09.

⁹ Corte EDU, 22 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito*, serie A n. 335 B.

¹⁰ «In nessun caso può considerarsi in contrasto con il principio di legalità in materia penale la condanna di un individuo per un'azione o omissione considerata criminale in base ai principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili e, dunque, anche in assenza di un'espressa previsione nella legge nazionale dello Stato di appartenenza o nel diritto internazionale al momento del fatto».

¹¹ Si veda, per es., Corte EDU, 22 marzo 2001, *Streletz, Kessler e Krenz c. Germania*, ric. n. 34004/96; Corte EDU, 22 marzo 2001, *K. – H.W. c. Germania*; Corte EDU, 12 luglio 2007, *Jorgic c. Germania*, ric. 74613/01.

¹² Per es. in Corte EDU, 26 aprile 1979, *Sunday Times c. Regno Unito*, ric. 13166/87, §48 i giudici di Strasburgo hanno ritenuto sussistente la previsione legale in quanto il ricorrente si sarebbe potuto rappresentare le conseguenze giuridiche della propria condotta facendo riferimento alla giurisprudenza precedente che enunciava i limiti in cui potevano essere formulate opinioni sull'operato dei giudici. Sul punto in dottrina si veda, per esempio, DI GIOVINE O., *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *questa Rivista*, n. 2/2015, pp. 11 ss.

¹³ Così DE AMICIS G., *Legalità "europea" e rimedi interni: il caso Contrada*, in *Il libro dell'anno del diritto*, 2016.

¹⁴ La Corte EDU ha ritenuto la nozione di "diritto" ex art. 7 CEDU pienamente valida anche per i sistemi di *civil law*, alla luce del contributo che anche in questi sistemi viene offerto dalla giurisprudenza in merito all'effettiva portata dei precetti nonché all'evoluzione del diritto penale. Sul punto si vedano, per esempio, Corte EDU, 8 dicembre 2009, *Previti c. Italia*, ric. n. 1845/08; Corte EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, ric. n. 10249/03; Corte EDU, Grande Camera, 24 aprile 1990, *Krusiln c. Francia*, serie A – 176 – A.

¹⁵ Si veda, per esempio, un passaggio della celeberrima opera dell'Autore in cui egli afferma che «in ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale, la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto, o voglia dare anche soli due sillogismi, si apre la porta all'incertezza. Non v'è cosa più pericolosa di quell'assioma comune che bisogna consultare lo spirito della legge. [...] Ciascun uomo ha il suo punto di vista, ciascun uomo in differenti tempi ne ha uno diverso. Lo spirito della legge sarebbe dunque il risultato di una buona o cattiva logica di un giudice, di una facile o malsana digestione, dipenderebbe dalla violenza delle sue passioni...», in BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, cit., § IV, p. 34. Sull'importanza ancora oggi del sillogismo, ma non senza l'interpretazione ai fini della garanzia di tassatività della norma si veda DONINI M., *Il diritto giurisprudenziale penale*, in *questa Rivista*, 3/2016, p. 31.

dei consociati¹⁶.

Né deve ritenersi che una tale argomentazione valga solo per i paesi di *common law* dal momento che, come si vedrà più diffusamente nel prosieguo della trattazione, per i giudici di Strasburgo il problema del potere interpretativo deve essere affrontato limitatamente agli effetti sulla concreta conoscibilità della norma penale da parte del cittadino non rilevando la sua legittimità quale fonte del diritto¹⁷.

Non v'è dubbio, però, che il nostro ordinamento, come quello degli altri paesi di *civil law*, sia costruito in modo diverso con la previsione che il giudice sia sottoposto alla legge e che, almeno in teoria, alcun ruolo quale formante può essere attribuito alla giurisprudenza¹⁸: basti pensare a quanto è stato riaffermato a chiare lettere dalla Corte Costituzionale che, nella nota sentenza n. 230/2012, ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 c.p.p. nella parte in cui non prevede la revoca della sentenza di condanna nel caso di mutamento giurisprudenziale riaffermando, in tal modo, il principio di legalità fondato sulla riserva di legge.

Preliminarmente, occorre precisare la portata della legalità intesa come prevedibilità e, nello specifico, cosa debba essere concretamente prevedibile. Sul punto è totalmente condivisibile l'opinione secondo cui il principio in commento implica almeno tre corollari e, in particolare, «occorrerebbe che il consociato fosse in grado di prevedere, prima di compiere la propria condotta: a) se la condotta stessa sarà considerata *illecita*; b) se, oltre che genericamente illecita, la condotta sarà considerata altresì *penalmente rilevante*; e infine c) quale pena egli dovrà scontare nell'ipotesi in cui venga sottoposto a processo»¹⁹.

È evidente che per un sistema di *civil law* come il nostro, sembrerebbe, di primo acchito, doversi affermare che la prevedibilità dovrebbe essere garantita da una legge precisa e determinata che non lasci spazio a dubbi interpretativi e, conseguentemente, a facili manipolazioni da parte dei giudici.

A tal proposito, in dottrina²⁰ si è osservato che la legalità *sub specie* della prevedibilità trova reale ed effettiva attuazione solo nel diritto vivente con la conseguenza, nei Paesi in cui non vige il precedente vincolante, di una inevitabile faglia che non consente il pieno rispetto del principio se non attraverso una riforma del sistema o, quantomeno, la presa di coscienza (e conseguente maggiore responsabilizzazione²¹) da parte dei giudici del ruolo centrale che rico-

¹⁶ Sul punto si vedano, tra gli altri, VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, pp. 8 ss.; FIANDACA G., *Prima lezione di diritto penale*, cit., p. 146, secondo il quale «sotto il profilo specifico della salvaguardia della "certezza di libere scelte d'azione" [...] la legalità penale europea finisce con l'avere un contesto garantistico più ricco e articolato a confronto di quella nazionale. Il concetto di legalità penale in base all'art. 7 CEDU appare invece comparativamente meno comprensivo di quello desumibile dall'art. 25 co. 2 della nostra Costituzione sotto il diverso profilo della garanzia democratica dal momento che l'art. 7 non prevede la "riserva di legge"».

¹⁷ DI GIOVINE O., *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russel e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, cit., definisce la giurisprudenza di Strasburgo quale «manifesto vivente dell'antiformalismo: nessuna differenza sembra residuare tra le ipotesi di nuova incriminazione per via legislativa e quelle di nuova incriminazione per via giurisprudenziale».

¹⁸ Sul punto si veda PULITANÒ D., *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *questa Rivista*, 2/2015, nel quale l'Autore spiega che lo statuto della giurisprudenza nel sistema delle fonti dipende da scelte (di politica del diritto) relative alla struttura dell'ordinamento e evidenzia come la riserva di legge sia lo strumento più soddisfacente e in linea con la nostra storia penalistica. L'Autore, specificando che la soggezione del giudice alla legge rappresenta un punto di forza del nostro ordinamento, si chiede anche «quali effetti potrebbero attendersi da un ipotetico mutamento dello statuto formale (nella capacità formale di vincolo) del precedente giurisprudenziale» giungendo alla conclusione che «dall'angolo visuale del cittadino, destinatario di doveri e potenziale parte nel processo, vedrei più rischi che vantaggi»; FIANDACA G., *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale*, cit., secondo cui «è presumibile che il cittadino privo di spiccata sensibilità politica abbia più interesse alla "certezza" dei divieti già emanati che non alla genesi più o meno democratica dei divieti ancora da emanare»; ID., *Diritto giurisprudenziale penale tra orientamenti e disorientamenti*, ed. scientifica, Napoli, 2008, in cui l'Autore afferma che «il diritto penale giurisprudenziale non può continuare ad essere guardato con sufficienza intellettuale o peggio con sospetto e preoccupazione quasi si tratti di un attentato al sacro principio della riserva di legge, di una formazione abusiva da debellare o comunque arginare per la sua perniciosità», p. 12; DI GIOVINE O., *Antiformalismo interpretativo*, cit., per la quale «la giurisprudenza della Corte Edu ha palesato quel che era già ovvio: non esiste un rapporto "causa/effetto" tra riserva di legge e garanzie del reo e nemmeno tra formalismo interpretativo e garanzie del reo» p. 12.

¹⁹ Cfr. VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., pp. 2 ss., (corsivi dell'Autore) al quale si rimanda per una compiuta analisi dei corollari del principio in commento. Per quanto concerne la prevedibilità del *quantum* della sanzione applicabile si veda Corte EDU, Grande Camera, 12 febbraio 2008, *Kafkaris c. Cipro*, cit.; sulla prevedibilità in tema di esecuzione della pena si veda, invece, Corte EDU, Grande Camera, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, cit..

²⁰ Il riferimento è a CADOPPI A., in *Giudice penale e giudice civile di fronte al precedente*, in *Ind. Pen.*, 2014, secondo cui «la legalità, come principio che postula la prevedibilità delle conseguenze penali delle proprie azioni, trova attuazione effettiva soprattutto relativamente alla legge come interpretata dai giudici, ovvero, detto altrimenti, al "diritto vivente"».

²¹ Della necessità di attribuire ai giudici una maggiore responsabilità parla anche VIGANÒ il quale in *Il principio di prevedibilità della decisione*, cit., spiega che sui giudici comuni, di legittimità e di merito, «incombe la maggiore responsabilità nell'assicurare, nella pratica, che il diritto penale abbia contorni certi e, pertanto, ragionevolmente prevedibili da parte dei suoi destinatari», p. 43 e in *Il nullum crimen conteso: legalità costituzionale vs. legalità convenzionale?*, in *Dir. pen. cont.*, dove parla di responsabilizzazione della giurisprudenza «affidandole in maniera esplicita il compito di rendere prevedibili le condanne future, attraverso le opzioni interpretative cristallizzate nelle proprie sentenze», p. 17.

prono nell'attuazione del principio di prevedibilità²².

2. “Evolutivo”, “soggettivo” e “oggettivo” quali criteri del giudizio di prevedibilità della decisione.

In assenza di un criterio formale sarebbe necessario individuare un indice concreto idoneo ad accertare oggettivamente la prevedibilità della decisione. La Corte di Strasburgo non pare, tuttavia, aver adottato un criterio unitario per giudicare se l'esito giudiziario sia prevedibile o meno e ha più volte modificato i criteri utilizzati talvolta discostandosi totalmente dal dato formale e giudicando imprevedibile una decisione seppure fondata su una base legale; altre volte, fondando la propria decisione sulle particolari qualifiche soggettive del ricorrente, ha valutato come conoscibile l'illiceità della condotta e altre ancora ha ritenuto prevedibile perfino la decisione fondata meramente sul mutamento sociale disarticolando totalmente, in tal modo, il giudizio di prevedibilità da criteri valutabili concretamente e oggettivamente.

Da una disamina delle pronunce della Corte EDU è possibile individuare tre differenti criteri utilizzati dai giudici di Strasburgo i quali, però, non hanno rappresentato alcun vincolo di conformazione per la giurisprudenza successiva e, anzi, la Corte ha spesso smentito se stessa non valutando affatto elementi sui quali in pronunce precedenti aveva basato il giudizio di prevedibilità.

Recentemente si è fatto ricorso al *criterio c.d. oggettivo* valutando la prevedibilità della decisione attraverso la verifica della sussistenza di una norma precisa e determinata e, soprattutto, di una interpretazione stabile tanto nei sistemi di *common law* quanto in quelli di *civil law*.

Non mancano, tuttavia, pronunce in cui la Corte ha utilizzato criteri diversi come nel caso *Muller c. Svizzera*²³ in cui è stata giudicata prevedibile una decisione basandosi sul fatto che il significato del termine “oscene” appartenesse alle *Kulturnormen* e, pertanto, potendo essere ritenuto condiviso dalla coscienza sociale, doveva considerarsi prevedibile. Nella più nota pronuncia del caso *S.W. c. Regno Unito*²⁴ la Corte ha perfino ammesso la prevedibilità di un *overruling* sfavorevole dovuto al fatto che la riprovevolezza della violenza sessuale commessa dal marito in danno della moglie era ormai consolidata nel senso comune.

Una valutazione, dunque, totalmente svincolata dal criterio formale e, soprattutto, non fondata su parametri oggettivamente dimostrabili. In queste pronunce la Corte ha basato il giudizio di prevedibilità esclusivamente sull'evoluzione sociale del disvalore della condotta posta in essere²⁵.

In altri casi si è invece abbandonato il criterio oggettivo anche a vantaggio di un ulteriore indice basato sulle caratteristiche dei ricorrenti e sul dovere di conoscenza per determinate categorie di soggetti. Se nel noto caso *Soros c. Francia*²⁶ è stato utilizzato il *criterio c.d. soggettivo in aggiunta a quello oggettivo* trattandosi di un caso di assenza di precedenti giurisprudenziali che chiarissero la portata della normativa vigente relativa al reato di *insider trading*, nella vicenda *Groppera Radio c. Svizzera*²⁷ il *criterio soggettivo* appare essere stato utilizzato *in via esclusiva* trattandosi di una norma non ancora pubblicata che, però, è stata giudicata accessibile dai ricorrenti in ragione della professione svolta.

²² Sul punto, si veda FIANDACA G., in *Il diritto penale tra legge e giudice*, Cedam, Padova, 2002, secondo cui il principio di legalità e ruolo creativo dei giudici rappresentano “due poli” che devono trovare un punto di contatto tanto sul piano teorico quanto su quello politico – istituzionale stante l'impossibilità della legalità formale di arginare l'interpretazione dei giudici. Per il ruolo dei giudici comuni nell'attuazione del principio di prevedibilità si rimanda ancora a VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale*, in cit., pp. 23 ss..

²³ Corte EDU, 24 maggio 1988, *Muller C. Svizzera*, ric. n. 10737/84.

²⁴ Corte EDU, 22 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito e C.R. c. Regno Unito*, Serie A nn. 335 B e C.

²⁵ Si veda, sul punto, PERRONE D., *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra resistenze ermeneutiche e istanze garantistiche*, in *Leg. Pen.*, 13 marzo 2017, p. 20 secondo la quale «il criterio della corrispondenza al disvalore dell'illecito sembrerebbe presentare delle assonanze, più che con la legalità, con il requisito della coscienza dell'offesa, ma “in negativo” come sua assenza. L'agente sarebbe punito solo se si rappresenta o può rappresentarsi la portata offensiva della propria condotta, a prescindere dalla pre-esistenza di una legale previsione incriminatrice».

²⁶ Corte EDU, 6 ottobre 2011, *Soros c. Francia*, ric. n. 50425/06.

²⁷ Corte EDU, 28 marzo 1990, *Groppera Radio AG e a.c. c. Svizzera*, ric. n. 12726/87.

2.1.

Il criterio evolutivo: il caso S.W. c. Regno Unito.

Nelle due celebri sentenze 'gemelle' *S.W. c. Regno Unito* e *C.R. c. Regno Unito*²⁸, la Corte Edu ha dato conto, forse per la prima volta²⁹ in questi termini, di come il criterio della prevedibilità della decisione possa essere del tutto disarticolato dal dato formale e dal precedente giurisprudenziale.

Si è trattato di due episodi di violenza sessuale in danno delle rispettive mogli, una consumata e l'altra solo tentata, in cui entrambi gli autori del fatto sono stati condannati nonostante vi fosse un principio di *common law* enunciato da Sir Matthew Hall nel 1736 secondo il quale la violenza coniugale doveva essere considerata scriminata in virtù del consenso prestato nel contratto di matrimonio.

In entrambi i casi la Corte Edu ha ritenuto che la condanna delle corti nazionali, anche in mancanza di precedenti e, anzi, nonostante il summenzionato principio di *common law*, fosse perfettamente prevedibile, visto il mutamento in materia del 'senso comune'. In particolare, il ricorrente aveva dedotto la violazione dell'art. 7 CEDU perché i giudici territoriali lo avevano condannato sulla base di un *revirement* emerso in data successiva a quella in cui aveva commesso il fatto. Ripercorrendo gli orientamenti in tema di *marital rape*, era risultato il mutamento del 'senso comune' dovuto *in primis* al fatto che l'immunità era stata concepita in un periodo storico in cui il matrimonio era inteso quale legame indissolubile e ciò era evidente in alcune pronunce secondo le quali il consenso al rapporto sessuale derivante dal matrimonio non doveva più ritenersi sussistente in caso, per esempio, di un ordine del tribunale, di un decreto di separazione legale o di sentenza provvisoria di divorzio o anche in caso di una dichiarazione di separazione tra i coniugi.

Tuttavia, a fronte di sentenze che escludevano qualsiasi tipo di esenzione coniugale alla legge sulla violenza, ve ne erano altre che confermavano il principio di *common law* ovvero che, pur confermandolo, aprivano la strada ad eccezioni e talvolta, altre ancora che valutavano come sufficiente ad escludere l'immunità un qualsiasi accordo anche implicito di separazione come poteva ritenersi, nel caso di specie, la circostanza che i coniugi, a causa della crisi del rapporto, dormivano separati³⁰.

S.W. lamentava il fatto che il giudice nazionale avesse deciso di applicare il principio enunciato dal giudice Owen nel caso *R. v. R.* nonostante la sentenza fosse stata emessa il 14. 3.1991 e quindi in epoca successiva al 18. 9.1990, data in cui lui aveva commesso il fatto quando, a suo dire, benché il principio venisse messo in discussione, non c'era ancora stato un mutamento giurisprudenziale consolidato.

Invero, il principio di diritto enunciato da Sir Matthew Hall appariva «*not only quite artificial but certainly in the modern context, was also quite anomalous. Indeed, it was difficult to find any current authority or commentator who thought that it was even remotely supportable*»³¹.

La Corte, pertanto, dopo aver ribadito quanto già chiarito nella sentenza *Kokkinakis c. Grecia*³² in merito alla portata dell'art. 7 CEDU³³, apriva la strada anche ad una prevedibilità 'evolutiva' fondata sul mutamento degli atteggiamenti e del comune sentire affermando che «*there was an evident evolution, which was consistent with the very essence of the offence, of the criminal law through judicial interpretation towards treating such conduct generally as within the scope of the offence of rape. This evolution had reached a stage where judicial recognition of the absence of immunity had become a reasonably foreseeable development of the law*»³⁴ concludendo che l'essenza del carattere riprovevole della violenza coniugale «*is so manifest that the result of the decisions of the Court of Appeal and the House of Lords – that the applicant could be convicted of attempted rape, irrespective of his relationship with the victim – cannot be said to be at variance with the object and*

²⁸ Corte EDU, 22 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito* e *C.R. c. Regno Unito*, cit..

²⁹ Un precedente, anche se non altrettanto dirimente e totalmente svincolato dal dato formale, è la sentenza *Muller c. Svizzera* (Corte Edu, 24 maggio 1988, cit.) in cui era stata esclusa la genericità del concetto di "oscenità" in riferimento al reato di pubblicazioni oscene in quanto la portata del termine, rientrando nell'ambito delle *Kulturnormen*, era condivisa nella coscienza sociale e, dunque, prevedibile.

³⁰ Cfr. caso *R.v.C.*, 5 novembre 1990, giudice Simon Brown J.; caso *R. v. J.*, 20 novembre 1990, giudice Rougier; caso *R. v. S.*, 15 gennaio 1991, giudice Swinton Thomas; caso *R. v. R.*, 14 marzo 1991, giudice Owen, così come richiamati nella sentenza in esame.

³¹ Corte EDU, 25 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito*, cit., § 26.

³² Corte Edu, 25 maggio 1993, *Kokkinakis c. Grecia*, ric. n. 14307/88.

³³ «*The Court thus indicated that when speaking of "law" Article 7 alludes to the very same concept as that to which the Convention refers elsewhere when using that term, a concept which comprises written as well as unwritten law and implies qualitative requirements, notably those of accessibility and foreseeability*», Corte EDU, 25 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito*, cit., § 35.

³⁴ *Ibidem*, § 43.

purpose of Article 7 of the Convention, namely to ensure that no one should be subjected to arbitrary prosecution, conviction or punishment»³⁵.

2.2.

Il criterio soggettivo: Groppera Radio c. Svizzera e Soros c. Francia.

La giurisprudenza della Corte in tema di prevedibilità dell'esito giudiziario ha conosciuto un ulteriore sviluppo anche in riferimento a criteri prettamente *soggettivi* della stessa con l'inclusione delle caratteristiche specifiche dei destinatari e al dovere di conoscenza per talune categorie di soggetti.

La Corte EDU, nel caso *Groppera Radio AG e a. c. c. Svizzera*³⁶, ha ritenuto prevedibile un testo di legge anche se non ancora pubblicato in quanto, nel caso di specie, la normativa di riferimento doveva ritenersi comunque *accessibile* vista l'attività lavorativa svolta dagli imputati³⁷.

In particolare, la sentenza in commento riguarda la regolamentazione delle trasmissioni radiofoniche internazionali e, specificamente, l'ordinanza del 17 agosto 1983 con cui il Consiglio Federale aveva disciplinato la corrispondenza tramite telegrafo o telefono contenente disposizioni generali applicabili al regime delle licenze di trasmissioni radiofoniche con cui era stata prevista una terza categoria di licenze per le installazioni di antenne comunitarie e ne era stato regolamentato l'utilizzo. Il 21 marzo 1984 l'Ufficio delle Telecomunicazioni dell'area di Zurigo dell'Autorità Nazionale delle Poste e delle Telecomunicazioni informava che le trasmissioni di Groppera Radio non rispettavano le norme internazionali in vigore e che se avessero continuato a trasmettere, avrebbero commesso un reato in quanto non avevano richiesto la licenza per le installazioni di antenne comunitarie.

In seguito ad un procedimento interno, i ricorrenti adivano la Corte Edu ritenendo che l'ordinanza del 17 agosto 1983 si riferisse a norme di diritto internazionale non accessibili per i cittadini sostenendo, peraltro, che la legge internazionale sulle telecomunicazioni era vincolante solo per gli Stati e non si riferiva ai cittadini.

La difesa del Governo ha sostenuto, invece, che le norme in questione soddisfacevano pienamente il criterio di precisione e, dopo aver specificato che tali disposizioni non si rivolgevano solo agli Stati, ha evidenziato come i ricorrenti, già prima dell'entrata in vigore della legge internazionale sulle telecomunicazioni, fossero in grado di conoscere le regole vigenti in Svizzera. A sostegno di tale linea difensiva, il Governo ha sostenuto che la lettera inviata il 29 gennaio 1980 alle società di trasmissioni svizzere dalla PTT e la sentenza del Tribunale Federale del 12 luglio 1982 resa nel caso *Radio24 Radiowerbung Zürich AG gegen Generaldirektion PTT* avevano già espresso quanto poi l'Ordinanza del 1983 ha ribadito sotto forma di testo legislativo. Per quanto riguarda l'accessibilità, il Governo svizzero ha riconosciuto che solo la Convenzione internazionale delle telecomunicazioni era stata pubblicata sulla Raccolta Ufficiale degli Statuti Federali e nel Compendio delle Leggi Federali giustificando la mancata pubblicazione dei Regolamenti con la mole delle pagine. Secondo la Corte, la portata dei concetti di prevedibilità e accessibilità dipende in gran parte dal contenuto del testo, il settore che deve essere regolamentato nonché dallo *status* dei soggetti ai quali è indirizzato. Nel caso di specie, la legge sulle telecomunicazioni era altamente complessa ma era destinata a specialisti del settore. Pertanto, il contenuto poteva essere considerato accessibile per una società commerciale che intendesse lavorare nel settore delle trasmissioni radiofoniche internazionali come Groppera Radio. «*In short, the rules in issue were such as to enable the applicants and their advisers to regulate their conduct in the matters*»³⁸.

Sotto questo aspetto si pensi, ancora, al recente caso *Soros c. Francia*³⁹ il cui ricorrente, un cittadino americano fondatore di un fondo d'investimento, era stato condannato per *insider trading* per avere acquistato un pacchetto di azioni di alcune società recentemente privatizzate tra cui una banca francese sfruttando la conoscenza, in ragione delle sue funzioni, di un'informazione riservata sull'evoluzione dei titoli azionari e dopo aver avuto notizia del tentativo

³⁵ *Ibidem*, § 44.

³⁶ Corte EDU, 28 marzo 1990, *Groppera Radio AG e a. c. c. Svizzera*, cit..

³⁷ La Corte si è espressa nello stesso senso anche in pronunce successive tra le quali Corte EDU, 3 maggio 2007, *Costers, Deveaux e Turk c. Danimarca* nonché Corte EDU, 19 febbraio 2008, *Kuolelis, Bartosevicius e Burokevicius c. Lituania*, ric. nn. 743504/01; 26764/02; 27432/02.

³⁸ Cfr. Corte EDU, 28 marzo 1990, *Groppera Radio c. AG e a. c. Svizzera*, cit., § 68.

³⁹ Corte EDU, 6 ottobre 2011, *Soros c. Francia*, cit..

di acquisto della stessa banca da parte di un gruppo di investitori. Soros, innanzi ai giudici francesi prima e a quelli di Strasburgo poi, lamentava l'indeterminatezza degli elementi costitutivi del reato lui contestato: in particolare, nel procedimento interno, aveva sollevato questione di illegittimità per la mancanza della prevedibilità della legge applicabile all'*insider trading* ritenendo che il suo comportamento, in base alla normativa vigente, non poteva essere considerato illecito al momento in cui aveva effettuato gli ordini di acquisto e la mancanza di precedenti giurisprudenziali rendevano del tutto imprevedibile che la sua condotta sarebbe potuta essere ritenuta penalmente rilevante.

Nel caso di specie la Corte, riconoscendo che il ricorrente era un soggetto particolarmente qualificato, ha ritenuto che, per la sua esperienza, non poteva ignorare o almeno dubitare che la sua condotta comportasse quantomeno il rischio di incorrere nella contestazione del medesimo reato.

Un'inversione di tendenza in merito al riconoscimento dell'interpretazione estensiva della giurisprudenza che, però, al tempo stesso ribadisce il valore del precedente anche nei paesi di *civil law*, si è avuto con la sentenza *Pessino c. Francia*⁴⁰ in cui la Corte europea ha ritenuto che lo Stato non è risultato in grado di produrre alcun precedente in cui la condotta posta in essere dal ricorrente fosse stata già ritenuta integrante il reato. Pertanto, secondo i giudici di Strasburgo, lo stesso non avrebbe potuto in alcun modo conoscere l'illiceità del proprio comportamento e che, nel caso di specie, non era neppure percepibile il disvalore sociale del fatto⁴¹.

2.3.

*Il criterio oggettivo tra law in the books e law in action*⁴²: *Sunday Times c. Regno Unito e altri*.

Una lettura di tipo *oggettivo* della prevedibilità può essere, invece, ricondotta a quel filone di pronunce che ne ha individuato la sussistenza nei precedenti giudiziari.

A partire dal *leading case Sunday Times c. Regno Unito*⁴³ la Corte EDU, nell'accertamento della sussistenza di una norma giuridica accessibile e idonea a garantire la prevedibilità della decisione, ha adottato un approccio di tipo sostanziale oltrepassando il dato prettamente formale.

In particolare, i giudici di Strasburgo hanno chiarito che «non importa che il *contempt of Court* sia una creazione della *common law* e non della legislazione» precisando che «si andrebbe manifestamente contro gli autori della Convenzione se si ritenesse che una restrizione imposta dalla *common law* non è prevista dalla legge per il solo motivo che non risulta da alcun testo legislativo: si priverebbe uno Stato di *common law*, parte della Convenzione, della possibilità prevista dall'art. 10 § 2 e si minerebbe il suo sistema giuridico»⁴⁴.

Una tale interpretazione ha peraltro determinato, nello sviluppo della giurisprudenza sull'art. 7 CEDU, un progressivo ampliamento del peso dell'attività ermeneutica quale contributo alla specificazione di precetti non sufficientemente precisi anche in sistemi di *civil law* riconoscendo, in presenza di norme penali eccessivamente generiche o elastiche, il ruolo dell'interpretazione giudiziale estensiva come nel celebre caso *Kokkinakis c. Grecia*⁴⁵. Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto che, sebbene la formulazione positiva della norma che incriminava il proselitismo religioso fosse eccessivamente generica, in base al consolidamento della giurisprudenza nell'individuazione delle condotte proibite, il ricorrente avrebbe potuto preve-

⁴⁰ Corte EDU, 10 ottobre 2006, *Pessino c. Francia*, ric. n. 40403/02.

⁴¹ Pronuncia sostanzialmente analoga è quella della Corte EDU, 24 maggio 2007, *Dragotoniu, Militaru – Pidborni c. Romania*, ric. nn. 77193/01 e 77196/01, in cui la condanna dei due ricorrenti, impiegati di banca, era stata considerata in violazione dell'art 7 CEDU perché all'epoca della commissione dei fatti gli istituti di credito non erano inclusi nelle organizzazioni pubbliche elencate nel codice penale e mancava un precedente in cui fossero stati inclusi gli operatori bancari quali funzionari pubblici.

⁴² L'espressione è di PALAZZO F., *Legalità fra law in the books e law in action*, cit., n. 3/2016, pp. 4 ss.

⁴³ Corte EDU, 26 aprile 1979, *Sunday Times c. Regno Unito*, cit.

⁴⁴ Cfr. Corte EDU, 26 aprile 1979, *Sunday Times c. Regno Unito*, cit., §48. Nella sentenza i giudici di Strasburgo hanno ritenuto sussistente la previsione legale in quanto il ricorrente si sarebbe potuto rappresentare le conseguenze giuridiche della propria condotta facendo riferimento alla giurisprudenza precedente che enunciava i limiti in cui potevano essere formulate opinioni sull'operato dei giudici.

⁴⁵ Corte EDU, 25 maggio 1993, *Kokkinakis c. Grecia*, cit..

dere la rilevanza penale delle sue azioni⁴⁶.

Nello specifico, la Corte EDU ha precisato che un fatto costituente illecito penale dovrebbe essere definito chiaramente dalla norma e che « *this condition is satisfied where the individual can know from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation of it, what acts and omissions will make him liable* »⁴⁷.

Lo stesso principio è stato ribadito anche in altre sentenze come, per esempio, nel caso *Jobe c. Regno Unito*⁴⁸ in cui il ricorrente, cittadino del Gambia, era stato trovato in possesso di materiale jihadista e di indottrinamento militare della cellula terroristica di Al-Qaeda per cui gli era stato contestato l'art. 58 del *Terrorism Act* che punisce chi raccoglie informazioni utili a commettere o a preparare un atto terroristico o possiede materiale utile allo scopo senza giustificato motivo.

Le giustificazioni addotte non erano state ritenute plausibili dalla Corte che, pertanto, lo aveva condannato. Jobe, nel ricorso alla Corte EDU, lamentava l'indeterminatezza del testo dell'art. 58 del *Terrorism Act* in quanto non si capiva con sufficiente chiarezza quando il possesso di tale materiale doveva considerarsi illecito.

I giudici di Strasburgo, tuttavia, non hanno accolto il ricorso evidenziando che « *as regards foreseeability in particular, the Court recalls that however clearly drafted a legal provision may be in any system of law including criminal law, there is an inevitable element of judicial interpretation. There will always be a need for elucidation of doubtful points and for adaptation to changing circumstances* » e ha avuto modo altresì di chiarire la portata del *nullum crimen sine lege* convenzionale affermando che « *article 7 of the Convention cannot be read as outlawing the gradual clarification of the rules of criminal liability through judicial interpretation from case to case, provided that the resultant development is consistent with the essence of the offence and could reasonably be foreseen* »⁴⁹.

Nel caso di specie, secondo la Corte, la portata della *defence of reasonable excuse* non era affatto sconosciuta nell'ordinamento inglese in quanto già adottata per altro reato e, pertanto, l'orientamento della giurisprudenza in merito agli elementi necessari per la sua sussistenza era perfettamente prevedibile. Né è stata ritenuta rilevante la circostanza per la quale, in un caso analogo, la *Court of Appeal* aveva adottato un'interpretazione di *reasonable excuse* più favorevole perché, secondo i giudici strasburghesi, la soluzione accolta dalla *House of Lords* nel caso di specie era da ritenersi altrettanto prevedibile.

Successivamente la Corte Edu si è pronunciata anche in merito all'applicazione retroattiva del mutamento giurisprudenziale sfavorevole in materia di prevedibilità della pena⁵⁰ e, nella sentenza *Del Rio Prada c. Spagna*⁵¹, finendo perfino per inglobare all'interno dell'art. 7 CEDU la materia dell'esecuzione penale.

Il caso di specie riguarda il mutamento giurisprudenziale sfavorevole della c.d. *doctrina Parot* operata dal *Tribunal Supremo* in tema di applicazione dei benefici penitenziari che ha determinato un prolungamento della pena inflitta.

La ricorrente, terrorista dell'ETA, aveva invocato il beneficio della *redencion de penas por trabajo* in virtù del quale ogni giornata di lavoro all'interno del carcere concedeva lo sconto di pena di un giorno. Tale beneficio era però stato abrogato nel 1995 e mantenuto in vigore in via transitoria solo per i detenuti condannati prima dell'entrata in vigore della riforma. Quando, nel 2008, Ines Del Rio Prada aveva presentato la richiesta di liberazione anticipata, l'*Audencia Nacional* aveva rigettato la richiesta alla luce di un orientamento giurisprudenziale inaugurato nel 2006 nei confronti di un altro terrorista (Henri Parot) secondo il quale lo sconto di pena non doveva essere calcolato sulla sanzione complessiva, come avvenuto in casi precedenti, ma su ciascuna pena inflitta. Per la Del Rio Prada, la cui condanna, sulla base del cumulo materiale, ammontava a tremila anni di reclusione, la data della liberazione coincideva con la scadenza della pena massima e, pertanto, non le veniva riconosciuto alcun beneficio.

⁴⁶ Nello stesso senso, Corte EDU – Grande Camera, 15 novembre 1996, *Cantoni c. Francia*, in cui la Corte ha ritenuto che l'autore del fatto, condannato per vendita abusiva di prodotti farmaceutici, avrebbe potuto conoscere il significato della generica nozione di "medicamento" in quanto, a fronte di alcune incertezze della giurisprudenza di merito, la Corte di Cassazione aveva sempre fatto riferimento a criteri ben specifici per individuare i prodotti che potevano essere venduti solo previa autorizzazione.

⁴⁷ Corte EDU, 25 maggio 1993, *kokkinakis c. Grecia*, cit., § 52.

⁴⁸ Corte EDU, 14 giugno 2011, *Jobe c. Regno Unito*.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 8.

⁵⁰ Sul punto si veda anche Corte EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, cit.; Corte Edu, 22 gennaio 2013 *Camilleri c. Malta*, ric. n. 42931/10M Corte Edu, Grande Camera, 18 luglio 2013, *Maktouf e Damjanovic c. Bosnia Erzegovina*, ric. nn. 2312/08 e 34179/08.

⁵¹ Corte EDU, Grande Camera, 21 ottobre 2013, *Rio Prada c. Spagna*, cit..

La Grande Camera, confermando⁵² quanto stabilito dalla Terza Sezione della Corte⁵³, ha riconosciuto la violazione dell'art. 7 CEDU in quanto il mutamento nell'interpretazione del *Tribunal Supremo* spagnolo non poteva essere previsto dalla ricorrente⁵⁴.

3.

Il riferimento al “precedente qualificato”: il caso *Contrada c. Italia*.

Di primaria importanza, non solo per la discutibilità dei criteri utilizzati per dichiarare l'imprevedibilità della decisione nel caso concreto, ma anche per gli effetti sulle successive pronunce interne, è la nota sentenza emessa dalla IV Sezione della Corte EDU il 14 aprile 2015 nel caso *Contrada c. Italia*⁵⁵.

Il ricorrente, alto funzionario di polizia che aveva prestato servizio prima presso la Questura di Palermo ricoprendo anche il ruolo di Capo della Squadra Mobile, poi funzionario presso l'Alto Commissariato per il coordinamento della lotta alla criminalità organizzata di tipo mafioso e, ancora, vicedirettore dei servizi segreti civile (SISDE) prendendo perfino parte alle indagini con il giudice Falcone che hanno dato inizio al *maxi* processo di Palermo, era stato condannato per avere reso ripetutamente informazioni alla consorterìa mafiosa denominata “Cosa nostra” dal 1979 al 1988.

La vicenda processuale interna era stata caratterizzata dapprima da una condanna per concorso esterno in associazione di tipo mafioso nel 1996 dal Tribunale di Palermo poi da un'assoluzione nel 2001 in secondo grado con sentenza annullata dalla Corte di Cassazione nel 2002 per difetto di motivazione e poi, ancora, da una condanna pronunciata dalla Corte di Appello di Palermo in sede di rinvio nel 2006, divenuta definitiva l'anno successivo in seguito al rigetto del ricorso ad opera della Suprema Corte.

Contrada adiva, pertanto, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo lamentando *in primis* l'applicazione retroattiva del precetto in quanto, a suo dire, il reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso era stato chiaramente delineato solo da giurisprudenza successiva al tempo della sua condotta e, conseguentemente, l'imprevedibilità della sanzione penale comminata in violazione dell'art. 7 CEDU.

Il Governo italiano ha osservato, anzitutto, che la questione relativa alla configurabilità del concorso eventuale nei reati necessariamente plurisoggettivi era stata già affrontata dalla Corte di Cassazione⁵⁶ e, in diverse sentenze a partire dalla fine degli anni sessanta del secolo scorso, in tema di cospirazione politica attraverso la costituzione di una associazione sicché la giurisprudenza relativa alla nozione di concorso esterno era ben consolidata anche in un pe-

⁵² Secondo le *dissenting opinions* dei giudici Mahoney e Vehabović, la questione rimessa alla Corte atteneva la materia dell'esecuzione penale e, pertanto, come avvenuto in altri casi, doveva essere sottratta al divieto di retroattività di cui all'art. 7 CEDU.

⁵³ Corte EDU, 10 luglio 2012, *Del Rio Prada c. Spagna*, cit..

⁵⁴ «In the light of the foregoing, the Court considers that at the time when the applicant was convicted and at the time when she was notified of the decision to combine her sentences and set a maximum term of imprisonment, there was no indication of any perceptible line of case-law development in keeping with the Supreme Court's judgment of 28 February 2006», Corte Edu, Grande Camera, 21.10.2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, § 117.

⁵⁵ Numerosi i commenti alla sentenza tra i quali si vedano, per esempio, DE AMICIS G., *Legalità penale 'europea' e rimedi interni: il caso Contrada*, in *Il libro dell'anno del Diritto 2016*; DE FRANCESCO G., *Brevi spunti sul caso Contrada*, in *Cass. Pen.*, fasc. 1/2016, p. 0012B; ID., *Il concorso esterno in bilico tra pretese garantistiche e ricerca di un percorso razionale*, in *Leg. Pen.*, 20.02.2017; DI GIOVINE O., *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russel e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, cit., p. 11; DONINI M., *Il caso Contrada e la Corte Edu. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 1/2016, p. 346; ID., *Il diritto giurisprudenziale penale. Collissioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, cit.; ID.; GIORDANO S. E., *Il “concorso esterno” al vaglio della Corte Edu: prime riflessioni sulla sentenza Contrada contro Italia*, in *Archivio Penale 2/2015*; LEO G., *Concorso esterno nei reati associativi*, in *Il libro dell'anno Treccani*, 2017; MAIELLO V., *Consulta e Cedu riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, p. 1008; MANNA A., *La sentenza Contrada ed i suoi effetti sull'ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale?*, in *Dir. pen. cont.*, 4 ottobre 2016; MARINO G., *La presunta violazione da parte dell'Italia del principio di legalità ex art. 7 Cedu: un discutibile approccio ermeneutico o un problema reale?*, in *Dir. pen. cont.*, 3 luglio 2015; MILONE S., *Legalità e ruolo creativo della giurisprudenza nei rapporti tra diritto penale e processo. Quale garanzia di prevedibilità del diritto se il diritto è... imprevedibile?*, in *questa Rivista*, n. 2/2016, p. 8; PALAZZO F., *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, p. 1061; PULITANÒ D., *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *questa Rivista*, 2/2015.

⁵⁶ Si veda il § 53 della sentenza in commento laddove si specifica che il Governo ha sostenuto che le decisioni che contestano l'esistenza del reato di concorso esterno in un'associazione di stampo mafioso sono state solo minoritarie e la giurisprudenza, seppure in riferimento a fattispecie diverse rispetto al 416 bis c.p. ha riconosciuto tale reato fin dall'inizio (ossia dal 1968 al 1989).

riodo precedente i fatti contestati al ricorrente⁵⁷. Il Governo ha anche ammesso che tra la fine degli anni '80 e i primi anni '90 si è talvolta contestata la configurabilità del concorso esterno in associazione mafiosa⁵⁸, specificando però che «queste decisioni escludevano l'esistenza di una situazione intermedia tra la partecipazione all'associazione di stampo mafioso e l'estraneità a quest'ultima, qualificando i fatti di quelle cause come partecipazione ai sensi dell'articolo 416 *bis* del codice penale»⁵⁹, aggiungendo che, comunque, «tenuto conto delle competenze professionali, della sua personalità e del suo percorso», il ricorrente avrebbe senz'altro potuto prevedere tale *exitus*⁶⁰.

La Corte, dopo aver chiarito il significato dell'art. 7 CEDU richiamandosi ai suoi precedenti, ha precisato che «la legge deve definire chiaramente i reati e le pene che li reprimono» essendo tale requisito soddisfatto se «la persona sottoposta a giudizio può sapere, a partire dal testo della disposizione pertinente, se necessario con l'assistenza dell'interpretazione che ne viene data dai tribunali e, se del caso, dopo aver avuto ricorso a consulenti illuminati, per quali atti e omissioni le viene attribuita una responsabilità penale e di quale pena è passibile per tali atti»⁶¹.

Nella parte relativa all'applicazione dei principi, la Corte muove però da un assunto errato che, peraltro, non avrebbe in alcun modo potuto trovare accoglimento in un sistema di *civil law*. I giudici di Strasburgo affermano, infatti, che non è oggetto di contestazione tra le parti il fatto che il concorso esterno in associazione di tipo mafioso costituisca un reato di origine giurisprudenziale e, ripercorrendo le pronunce della Cassazione, sostengono che, in effetti, solo con la sentenza Demitry del 1994 si sia giunti ad una elaborazione della materia controversa e conseguente ammissione in maniera esplicita del concorso esterno in associazione mafiosa⁶².

Inoltre, «la Corte considera che il riferimento del Governo alla giurisprudenza in materia di concorso esterno, che si è sviluppata a partire dalla fine degli anni sessanta del secolo scorso, ossia prima dei fatti ascritti al ricorrente, non tolga nulla a questa constatazione in quanto le cause menzionate dal governo convenuto riguardano certamente lo sviluppo giurisprudenziale della nozione di “concorso esterno”, ma i casi evidenziati non riguardano il reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso, che è oggetto del presente ricorso, ma dei reati diversi, ossia la cospirazione politica attraverso la costituzione di una associazione e gli atti di terrorismo»⁶³.

Alla luce di queste argomentazioni, si concludeva che, all'epoca della condotta posta in essere da Bruno Contrada, il reato contestato al ricorrente e, conseguentemente, la sanzione irrogabile non fossero sufficientemente chiari e, pertanto, egli non poteva conoscere la pena in cui incorreva per la responsabilità penale derivante dagli atti da lui compiuti.

Non è possibile, in questa sede, ripercorrere le tappe della “battaglia dottrinale”⁶⁴ e giu-

⁵⁷ Si veda, Cass. Pen., 13 giugno 1987, n. 3492 ric. Altivalle, in *C.E.D. Cass.*, n. 17789; Cass. Pen., 4 febbraio 1988, ric. Barbella, in *C.E.D. Cass.*, n. 179169; Cass. Pen., 23 novembre 1992, ric. Altomonte, in *Guida Dir.*, n. 19/2007, pp. 100 ss.; Cass. Pen., 18 giugno 1993, ric. Turiano, in *C.E.D. Cass.*, 194623, 1994.

⁵⁸ In questo senso, Cass. Pen., 14 luglio 1987, ric. Cillari, in Cass. Pen., p. 36, 1989; Cass. Pen., 27 giugno 1989, ric. Agostani, in *Cass. Pen.*, p. 223, 1991; Cass., 27 giugno 1994, ric. Abbate e Clementi, in *Foro it.*, 1994, II, p. 560.

⁵⁹ Cfr. Corte EDU, IV Sezione, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*, cit., § 52.

⁶⁰ *Ibidem*, § 56.

⁶¹ *Ibidem*, § 79.

⁶² *Ibidem*, § 66 – 69.

⁶³ *Ibidem*, § 71.

⁶⁴ L'espressione è di VISCONTI C., *La mafia è dappertutto. Falso!*, Laterza, Bari, 2016, p. 108.

risprudenziale⁶⁵ che ha caratterizzato la configurabilità del concorso esterno in associazione di tipo mafioso⁶⁶, ma basterà ricordare che, come noto, tale incriminazione trova la sua base legale nel combinato disposto degli artt. 110 e 416 *bis* c.p.

Esula da questo lavoro un'approfondita analisi del concorso esterno in associazione di tipo mafioso, ma basti pensare che non è del tutto da escludere che l'istituto possa essere perfino collegato non all'unica figura del partecipe come di fatto avvenuto fino ad oggi, ma a tante figure quante sono quelle previste dall'art. 416 *bis* c.p. e quindi anche a quella dell'"organizzatore", del "promotore", del "direttore" o del "capo"⁶⁷.

Stante la generale funzione incriminatrice della norma di parte generale si potrebbe ritenere che la previsione del concorso esterno in associazione mafiosa risponda appieno al principio di legalità *sub specie* riserva di legge, ma dubbi sono evidenti in riferimento al rispetto del

⁶⁵ Tra la fine degli anni '80 e l'inizio degli anni '90, la giurisprudenza era divisa tra la tesi che affermava la configurabilità del concorso 'eventuale' nel reato associativo e la tesi contrapposta che, invece, la negava. In particolare, la tesi negazionista riteneva che fosse sufficiente ad integrare la partecipazione la prestazione di un contributo causale all'associazione mafiosa non rilevando in alcun modo l'*affectio societatis*. Dunque, chi contribuiva in un qualsiasi modo alla vita dell'associazione era partecipe della stessa senza che fosse necessario verificare la volontà del concorrente di essere parte dell'associazione che, pertanto, era un *partecipe* a tutti gli effetti. Si vedano, per es., le sentenze Cass., 14 luglio 1987, ric. Cillari; Cass., 27 giugno 1989, ric. Agostani; Cass., 27 giugno 1994, ric. Abbate e Clementi, già citate. Nella tesi a sostegno della configurabilità del concorso esterno, invece, si tendeva a distinguere la condotta dell'affiliato, contrassegnata dall'*affectio societatis*, da quella dell'*extraneus* che, invece, era priva di tale requisito e si limitava ad intervenire solo in alcune circostanze. Sul punto, si vedano le summenzionate sentenze Cass., 13 giugno 1987, ric. Altivalle, cit.; Cass. 4 febbraio 1988, ric. Barbella, cit.; Cass., 23 novembre 1992, ric. Altomonte, cit.; Cass., 18 giugno 1993, ric. Turiano, cit.; Cass... Alla luce di questo contrasto giurisprudenziale, fu necessario l'intervento della Cassazione a Sezioni Unite con la nota sentenza Demitry (Cass. SS.UU., 5 ottobre 1994, sent. n. 16, in *Cass. Pen.*) nella quale il supremo consesso riconobbe la configurabilità del concorso dell'*extraneus* nel reato di associazione di tipo mafiosa limitandolo, però, ai momenti di fibrillazione della consorteria mafiosa e definendo il concorrente esterno come «colui che non vuole far parte dell'associazione e che l'associazione non chiama a far parte, ma al quale si rivolge sia per colmare temporanei vuoti in un determinato ruolo, sia, soprattutto, nel momento in cui la fisiologia dell'associazione entra in fibrillazione, attraversa una fase patologica che, per essere superata, esige in contributo temporaneo, limitato, di un esterno». A solo un anno di distanza dalla sentenza Demitry è però risultato necessario un ulteriore intervento delle Sezioni Unite che, con la sentenza del 14 dicembre 1995 nota come Mannino I (Cass. Pen., SS.UU., 27 settembre 1995, sent. n. 30 in *RP*), hanno chiarito che il dolo del concorrente esterno è il dolo generico rappresentato dalla volontà di contribuire alla sopravvivenza o al rafforzamento dell'associazione ovvero, alternativamente, del dolo specifico di realizzare il programma criminoso dell'organizzazione senza, tuttavia, farne parte. In seguito ad un intervento negazionista della Suprema Corte del 2000 (Cass. Pen. Sez. IV, 21.09.2000, ric. Villecco, in *C.E.D. Cass.*), è stato di nuovo necessario l'intervento delle Sezioni Unite che, con la sentenza Carnevale del 2002 (Cass. Pen. SS.UU., 30 ottobre 2002, sent. n. 22327, in *Riv. it. dir. proc. pen.*) hanno confermato la configurabilità del concorso esterno che non è più legata a momenti patologici dell'associazione, ma all'effettiva rilevanza causale del contributo dato al mantenimento ovvero al rafforzamento dell'associazione. La sentenza Carnevale ha offerto un'ulteriore specificazione anche in termini di elemento soggettivo chiarendo che anche il dolo del concorrente eventuale è un dolo specifico mancando, però, in tal caso, l'*affectio societatis*. Con la ulteriore sentenza a Sezioni Unite del 2005 nota come sentenza Mannino *bis* (Cass. Pen., SS.UU., 12 luglio 2005, sent. n. 33478, in *Cass. Pen.*), la Suprema Corte ha chiarito che la condotta dell'*extraneus* presuppone un contributo concreto, specifico e consapevole che abbia una effettiva rilevanza causale ai fini della conservazione o del rafforzamento delle capacità operative dell'associazione e la rilevanza causale del contributo deve essere accertato *ex post* alla stregua dei criteri elaborati dalla sentenza Franzese. Per una ricognizione del contributo causale si veda, da ultimo, GIUGNI I., *Il problema della causalità nel concorso esterno*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 10/2017, p. 21 ss. Per quanto concerne l'elemento soggettivo, le Sezioni Unite del 2005 confermano la necessità del dolo specifico anche in capo al concorrente esterno che deve agire con la consapevolezza del metodo e delle finalità mafiose e deve voler contribuire alla realizzazione del programma criminoso.

⁶⁶ Sterminata la letteratura in materia. Si vedano, per esempio, MAIELLO V., *Il concorso esterno tra indeterminata legislazione e tipizzazione giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino, 2014; VISCONTI C., *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003; CAVALIERE A., *Il concorso eventuale nel reato associativo*, Napoli, 2003; FIANDACA G., *Il concorso esterno tra guerre di religione e laicità giuridica*, in *questa Rivista*, 1/2012; MEZZETTI E., *I reati contro l'ordine pubblico*, in *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale* (a cura di FIORELLA A.), Giappichelli, Torino, 2012, pp. 423 ss. che definisce il concorso "eventuale" quale «figura di matrice giurisprudenziale» e sottolinea come il fatto che ci siano volute ben quattro sentenze a Sezioni Unite della Cassazione a chiarire i tratti distintivi della figura criminosa dimostri «come le istanze di certezza e di chiarezza su di essi siano del tutto velleitarie. Con la gravosa conseguenza che l'osservanza del principio di legalità e di tutti i suoi corollari [...] trova verosimilmente un ostacolo alla sua compiuta realizzazione». Nello stesso senso, da ultimo, DONINI M., *Il caso Contrada e la Corte Edu. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 1/2016, p. 346; Id. *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *questa Rivista*, 3/2016, pp. 13 ss.

⁶⁷ Si pensi, per esempio, ad un soggetto che intende costituire un'organizzazione criminale e si rivolge ad un imprenditore che, pur non volendo far parte della compagine associativa, ne finanzia la costituzione con il fine di ottenere, poi, facilitazioni nell'aggiudicazione degli appalti; oppure si immagini il promotore che si rivolge ad un politico affinché quest'ultimo lo metta in contatto con imprenditori o amministratori locali interessati al malaffare.

diverso corollario della determinatezza⁶⁸ il cui difetto, a ben vedere, emerge a due livelli: per il concorrente esterno, ma anche per le figure enunciate nella lettera dell'art. 416 *bis* c.p. in quanto si tratta di qualifiche che necessitano di essere riempite di significato con l'approccio tipico del *case made law*. Proprio in ragione del difetto di precisione nella descrizione delle condotte tipiche, non si può escludere a priori che la condotta del finanziatore rappresenti non un contributo esterno di partecipazione quanto, piuttosto, di organizzazione o di promozione⁶⁹.

Tuttavia, il problema per la Corte europea non è quello di verificare la sussistenza di un testo di legge chiaro e preciso ma, più in generale, accertare se, all'epoca in cui è stato commesso il fatto, fosse conoscibile la sua rilevanza penale e prevedibili le conseguenze in termini di pena irrogabile.

3.1. (segue) Il richiamo alla sentenza Demitry come avulso dalla "contestazione in fatto": il rischio di un overruling sfavorevole per i "fratelli minori" di Contrada.

A ben vedere, la Corte EDU nel caso Contrada ha irrigidito i criteri generalmente utilizzati per valutare la prevedibilità dell'esito giudiziario⁷⁰.

Già partendo dal c.d. criterio evolutivo posto alla base della decisione nel caso *S.W. c. Regno Unito*, infatti, se i giudici di Strasburgo avessero analizzato il mutamento sociale del senso comune negli anni '80 non solo in generale in tema di associazioni di tipo mafioso ma anche in riferimento specifico alla contiguità alla mafia di politici, imprenditori, appartenenti alle forze dell'ordine e alla c.d. "borghesia mafiosa", non v'è dubbio che sarebbero giunti alle medesime conclusioni del 1995 in tema di *marital rape*.

La riprovevolezza dei fenomeni di collusione con le organizzazioni criminali mafiose era, infatti, ormai assolutamente consolidata soprattutto in una città come Palermo che tra la fine degli anni '70 e l'inizio degli anni '80 era stata teatro di una feroce guerra di mafia culminata in episodi tragici tra i quali, per esempio, l'uccisione del Generale dell'Arma dei Carabinieri Carlo Alberto Dalla Chiesa che indusse il legislatore ad emanare la l. n. 646/1982.

Lo stesso può dirsi in riferimento al criterio soggettivo utilizzato, per esempio, nei casi *Groppera Radio c. Svizzera* e *Soros c. Francia*, in cui si è valorizzata l'attività professionale degli imputati per affermare la prevedibilità della decisione anche nel caso di un testo di legge neppure ancora pubblicato come in *Groppera Radio*. Anche se la Corte EDU avesse utilizzato il criterio soggettivo, come peraltro richiesto dal Governo italiano, essendo Bruno Contrada particolarmente qualificato e non potendo non conoscere, vista l'attività professionale svolta, la possibilità di una incriminazione per concorso esterno in associazione mafiosa, sarebbe pertanto giunta ad un giudizio di prevedibilità della decisione.

Le medesime perplessità si ripropongono in riferimento al criterio oggettivo utilizzato in numerose pronunce. Si è già visto (*supra* § 2.3) come tale criterio riguardi sia la legalità *in the books* sia quella *in action*, attribuendo un ruolo centrale all'interpretazione nel chiarimento del significato delle norme scritte.

Nel caso di specie, i giudici di Strasburgo hanno ignorato totalmente la sussistenza di un dato formale con il quale, seppur indeterminato, avrebbero dovuto fare i conti. Ma vi è di più.

⁶⁸ Si veda, per esempio, DONINI M., *Il caso Contrada e la Corte Edu. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, cit., che ha evidenziato come la giurisprudenza abbia applicato una clausola di parte generale, l'art. 110 c.p. «che possiede potenzialità applicative molto estese e indefinite» specificando che si tratta di una "patologia" dell'istituto del concorso di persone nel reato «la cui insufficiente determinatezza [...] è sempre stata ritenuta superabile in virtù di una consolidata tradizione applicativa dell'istituto». L'Autore spiega, però, che nell'ambito dei reati associativi, l'art. 110 c.p. «è stato impiegato come se autorizzasse la tipizzazione giurisprudenziale [...] legata a "fenomenologie nuove o classiche di comportamenti non legalmente tipizzati" analoghe a quelle dei contratti innominati». Per DONINI M., in *Il caso Contrada e la Corte Edu*, cit., invece, non si tratta solo di indeterminazione della fattispecie in quanto l'art. 110 c.p. sarebbe stato utilizzato per «creare un nuovo "titolo autonomo" di reato, che come tale non è di parte generale, ma di parte speciale, in quanto la regola di parte generale (art. 110 c.p.) è impiegata per l'invenzione giuridica di una tipologia comportamentale utilizzabile solo in questi reati associativi».

⁶⁹ Sul punto si veda DONINI M., *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., p. 27, in cui l'Autore chiarisce che l'applicazione dell'art. 110 c.p. alla fattispecie di associazione di tipo mafioso ha comportato la creazione di titoli autonomi di reato e che «questo nuovo titolo autonomo è estraneo alla previsione dell'art. 416 *bis*, dove ci sono tanti altri titoli autonomi (promotori, capi, organizzatori, partecipi), che infatti non potrebbero adattarsi a esso» e la norma di parte generale, «in questo caso, ha la funzione specifica di aggiungere una tipologia di concorrente esclusa dalla parte speciale».

⁷⁰ In questo senso si veda PALAZZO F., *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. Pen. Proc.* 9/2015, p. 1063.

La Corte, nella pronuncia in commento, ha esplicitamente tradito i suoi precedenti come, per esempio, quello relativo al caso *Jobe c. Regno Unito*. Nella sentenza Contrada i giudici europei riconoscono l'esistenza di pronunce della Suprema Corte precedenti al 1994 che ammettevano la configurabilità del concorso dell'*extraneus* in associazioni terroristiche, ma le ritengono irrilevanti adducendo che tali sentenze riguardavano diverse figure criminose rispetto a quella oggetto di contestazione: laddove, nel caso *Jobe* i giudici strasburghesi avevano riconosciuto la prevedibilità della decisione sul presupposto che la *defence of reasonable excuse*, sebbene ancora non applicata alla fattispecie contestata, non era sconosciuta nell'ordinamento inglese perché già adottata per altri reati.

In altri termini, non si tiene conto del fatto che, per il nostro ordinamento, la funzione incriminatrice dell'art. 110 c.p. non muta in relazione alla norma di parte speciale cui è affiancata, ma è la stessa, in tutta la sua genericità e indeterminatezza, a prescindere dalla fattispecie di reato cui si riferisce⁷¹.

E ancora: non v'è dubbio che in tema di concorso esterno in associazione mafiosa sussisteva un contrasto giurisprudenziale, ma è altrettanto vero che tale contrasto si formava tra chi riteneva le condotte di contiguità prolungate nel tempo come costituenti concorso esterno e chi, invece, quelle medesime condotte le inquadrava come vera e propria partecipazione. Ora, è ben vero che già dalla prima pronuncia del Tribunale di Palermo del 1996 Contrada non è stato ritenuto responsabile di partecipazione ai sensi dell'art. 416 *bis* co. 2 c.p., ma se la prevedibilità deve essere valutata con prognosi *ex ante*, il ricorrente non poteva allora escludere che la continuità della sua collusione sarebbe stata valutata alla stregua del partecipe intraneo.

Anche laddove i giudici di Strasburgo avessero avuto dubbi sulla reale prevedibilità della decisione attraverso il ricorso al solo criterio oggettivo, ben avrebbero potuto fare riferimento a quello soggettivo – cui pure, in altre pronunce, come si è visto, si è fatto ricorso in via esclusiva – che peraltro avrebbe condotto ad un esito diverso della decisione.

Nella sentenza Contrada, la Corte EDU sembra invece riconoscere la garanzia di accessibilità del precetto nel solo precedente qualificato della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, a prescindere dal valore che lo stesso ha nel nostro sistema. Ma anche sotto questo profilo la data individuata dai giudici, quale *dies a quo* della prevedibilità, non appare del tutto convincente dal momento che, a ben vedere, la sentenza Demitry qualifica come concorso esterno condotte obiettivamente diverse da quelle contestate nel caso di specie che, oltretutto, presuppongono uno stato di "fibrillazione" dell'associazione di cui pure manca qualsiasi riscontro nel medesimo procedimento: in tal modo legittimandosi, sia pur implicitamente, nei confronti di possibili "fratelli minori" di Contrada, cui risultino contestate condotte successive al 1994, un *overruling* sfavorevole delle diverse pronunce che, nel tempo, hanno notoriamente ampliato l'ambito di applicazione del disposto degli artt. 110 e 416 *bis* c.p.

3.2.

Il contrasto giurisprudenziale come possibile indice di prevedibilità.

Il *dictum* Contrada invita anche a chiedersi se il contrasto giurisprudenziale sia davvero un indice di imprevedibilità della decisione o se, al contrario, ne indichi proprio la prevedibilità.

I giudici di Strasburgo, partendo dall'assunto che il concorso esterno in associazione mafiosa è un' *infracion d'origin jurisprudentielle*, fanno leva sull'esistenza di un contrasto tra le sezioni semplici della Cassazione per giungere alla conclusione che la condanna per concorso esterno fosse imprevedibile per Bruno Contrada.

Anche qui la Corte EDU sembra tradire se stessa dal momento che sono stati proprio i suoi componenti ad affermare che «non si può interpretare l'art. 7 come una norma che vieta il graduale chiarimento delle norme della responsabilità penale attraverso l'interpretazione giuridica da una causa all'altra, a condizione che il risultato sia coerente con la sostanza del

⁷¹ Sul punto si veda PALAZZO F., *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, cit., secondo cui nella sentenza Contrada vi è stata una «sopravalutazione del dato criminologico, dell'eterogeneità criminologica del terrorismo e della mafia. E, a sua volta, questa sopravalutazione pare coerente con l'impostazione della Corte che, mettendo in ombra invece il dato legislativo della disciplina onnicomprensiva ed indifferenziata del concorso di persone, finisce per concepire il concorso esterno come figura di (pura) creazione giurisprudenziale nascente dalla specificità della "borghesia mafiosa". Ma il contributo giurisprudenziale alla messa a punto di questa categoria concettualmente si muove [...] in un identico ordine di idee tanto nel caso del terrorismo quanto della mafia», p. 1063.

reato e ragionevolmente prevedibile»⁷².

È di tutta evidenza, infatti, che se non fosse concessa un'evoluzione della giurisprudenza nell'interpretazione delle norme si andrebbe incontro ad una atrofizzazione del relativo formante⁷³ che per i giudici di Strasburgo ha lo stesso ruolo e il medesimo valore di quello legislativo.

Accade sovente poi che, pur in presenza di una fattispecie ben più determinata dell'art. 110 c.p., la giurisprudenza intervenga per chiarire il significato di alcuni elementi costitutivi della fattispecie sicché negare la prevedibilità dell'esito giudiziario in circostanze di questo tipo, significherebbe escludere la condanna in mancanza di uniformità di interpretazione.

A ben vedere, l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale non rende imprevedibile una decisione e, anzi, si dovrebbe ragionevolmente ritenere che il caso possa essere deciso tanto in un senso quanto nell'altro potendosi, pertanto, parlare più di dubbio che di imprevedibilità⁷⁴.

Negare la prevedibilità della decisione in presenza di un contrasto giurisprudenziale significherebbe escluderla in qualsiasi situazione di incertezza giurisprudenziale, dovendosi pertanto ritenere imprevedibile «qualunque condanna per fatti commessi prima del “consolidamento” della giurisprudenza sfavorevole al reo, il quale, però, mai potrebbe verificarsi, proprio perché qualunque condanna, fino a quel momento, sarebbe preclusa dall'art. 7 CEDU»⁷⁵. Del resto, in tal senso ha avuto modo di esprimersi anche la Corte di Cassazione a Sezioni Unite sostenendo, ad esempio in tema di tentativo di rapina impropria⁷⁶, che il contrasto giurisprudenziale asseritamente esistente non aveva per nulla messo in dubbio la sua configurabilità, in quanto da tempo affermata dall'indirizzo prevalente (vd. *infra* § 6.1).

È di tutta evidenza, poi, che si porrebbe anche un problema sotto il profilo quantitativo in quanto ci si dovrebbe chiedere innanzitutto quante sentenze occorrono per ritenere un precedente “stabilizzato”⁷⁷ e se sia sufficiente, per esempio, una “stabilizzazione” ad opera delle sezioni semplici o se, in caso di contrasto, anche in presenza di un orientamento minoritario sia sempre necessario l'intervento delle Sezioni Unite: questione, peraltro, oggi quanto mai accesa anche con riferimento all'entità dei vincoli CEDU sull'ordinamento interno, alla luce della posizione notoriamente assunta dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 49/2015.

3.3.

Le ricadute interne. Il concorso esterno non esiste... o forse sì: i casi Ciancio, Trematerra e Dell'Utri.

La sentenza della Corte EDU nel caso Contrada non ha avuto una vasta eco solo nel dibattito scientifico ma, come era facilmente intuibile, anche e soprattutto nella giurisprudenza interna la quale ha così dimostrato quanto sia difficile ragionare in tema di prevedibilità della decisione nel nostro ordinamento.

Per quanto concerne la posizione dello stesso Contrada, come noto, ai sensi dell'art. 46 CEDU incombe sullo Stato l'obbligo di conformarsi alle sentenze definitive della Corte⁷⁸.

⁷² Corte Edu, *Varvara c. Italia*, 23 ottobre 2013, in *Dir. pen. cont.*, con nota di MAZZACUVA F., *La confisca disposta in assenza di condanna viola l'art. 7 CEDU*, 5 novembre 2013.

⁷³ Sul punto si veda, per es., PALAZZO F., *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, cit., secondo il quale se la mera incertezza giurisprudenziale significasse imprevedibilità delle conseguenze, «il più che meritorio intento di “sanzionare” l'incertezza, di garantire l'individuo contro l'incertezza applicativa, si convertirebbe in una paralizzante sclerotizzazione della giurisprudenza», p. 1063.

⁷⁴ Nello stesso senso DONINI M., *Il caso Contrada e la Corte Edu. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, cit., p. 354 secondo cui «la controversia dottrinale-giurisprudenziale non rende imprevedibile una decisione: la rende incerta. È prevedibile, infatti, che la decisione potrà essere in un senso o in un altro, soprattutto quando alcune di diverso segno siano già state pronunciate, mentre non è sicuro di quale tenore essa possa essere. Questa incertezza del diritto, dunque, può mai essere “sanzionata” con la sua disapplicazione fino al momento di un guadagnato assestamento ricognitivo? Un tale esito pare francamente improponibile, peggio ancora del male a cui vorrebbe porre rimedio. Basterebbe una controversia giuridica seria per indubbiare qualsiasi decisione su di essa»; LEO G., *Concorso esterno nei reati associativi*, in *Dir. pen. cont.*, p. 8, secondo cui «se i contrasti di giurisprudenza bastassero a rendere “imprevedibile” l'irrogazione di una pena, addirittura in senso retrospettivo [...], l'efficacia del sistema di tutela penale dei beni giuridici sarebbe rapidamente dispersa. Con conseguenze altrettanto perniciose, fra l'altro, in punto di capacità evolutiva del diritto giurisprudenziale».

⁷⁵ Cfr. NICOSIA E., *Il caso Contrada e il concorso esterno in associazione mafiosa davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in www.sidi-isil.org, 21 maggio 2015.

⁷⁶ Cass. Pen. SS.UU., 19 aprile 2012 (dep. 12 settembre 2012), sent. n. 34952, in *Dejuregiuffrè*.

⁷⁷ Così, per esempio, DI GIOVINE O., *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russel*, cit., p. 17.

⁷⁸ Il primo strumento utilizzato dal difensore di Contrada è stato l'istanza di c.d. “revisione europea”. Come noto, infatti, con la sentenza della Corte Costituzionale n. 113/2011, i giudici delle leggi hanno dichiarato illegittimo l'art. 630 c.p.p. nella parte in cui non consentiva la «riapertura del processo quando la stessa risulti necessaria per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte europea».

La Corte di Appello di Caltanissetta, già adita da Contrada con istanza di revisione del processo ai sensi dell'art. 630 c.p.p. per prove nuove e sopravvenute prima ancora della pronuncia della Corte europea e poi integrata dalla richiesta della c.d. revisione europea, ha prima dichiarato inammissibile l'istanza in ordine alle prove nuove e poi si è soffermata sulla conformità al giudicato europeo.

La Corte nissena ha anzitutto chiarito che il concorso esterno non costituiva reato di origine giurisprudenziale e che ciò che chiede la Corte EDU è di «assumere una diversa prospettiva e valutare, oltre il fondamento legale della fattispecie, anche la chiarezza delle indicazioni sull'esistenza e le caratteristiche della disposizione medesima e la prevedibilità della legge penale da parte della persona sottoposta al giudizio al momento in cui commetteva i fatti che costituiscono reato»⁷⁹. Tutto corretto, fino a qui. Ma poi, partendo da tale assunto, i giudici hanno valutato se per il ricorrente fosse davvero imprevedibile la condanna per concorso esterno in associazione mafiosa.

A giudizio della Corte, a «Contrada, funzionario di Polizia attivo negli uffici investigativi e impegnato nel contrasto alla criminalità organizzata, non potevano mancare elementi chiari e univoci per avere consapevolezza dell'esistenza del concorso esterno e della sanzionabilità in sede penale di condotte che offrivano un contributo alle organizzazioni mafiose, anche se rimanendo estranei alla compagine del sodalizio»⁸⁰ concludendo, pertanto, per l'infondatezza della domanda in quanto «tutti gli elementi in atti consentono di affermare con certezza che per Contrada l'esistenza, le connotazioni e le conseguenze sanzionatorie del concorso esterno erano ben chiare»⁸¹.

Le considerazioni svolte dai giudici di Caltanissetta rivestono un ruolo centrale in relazione al criterio adottato per valutare la prevedibilità della decisione nel caso concreto: peccato però che, così facendo, si siano esposti alla violazione di un obbligo convenzionale⁸² in quanto i giudici di Strasburgo non hanno rinviato il giudizio di prevedibilità ai colleghi italiani, ma hanno provveduto loro stessi a tale compito.

Ma la tormentata vicenda di Bruno Contrada non è terminata con questa pronuncia. Dopo la dichiarazione di inammissibilità del ricorso straordinario per errore materiale o di fatto ai sensi dell'art. 625 *bis* c.p.p. da parte della Corte di Cassazione⁸³, con l'ordinanza⁸⁴ dell'11 ottobre 2016, la Corte di Appello di Palermo ha dichiarato inammissibile la richiesta di revoca di cui all'art. 673 c.p.p. della sentenza di condanna per concorso esterno in associazione mafiosa in quanto inapplicabile al caso di specie. I giudici palermitani non perdono però l'occasione per ribadire che sotto il profilo tecnico, il concorso nasce nel pieno rispetto del principio di legalità e lo fanno in forza di una recente pronuncia della Corte di Cassazione⁸⁵ che ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto di cui agli artt. 110 e 416 *bis* c.p. sollevata per contrasto con gli artt. 25, co. 2 e 117 Cost., l'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU.

Come se la vicenda non fosse già abbastanza intrigata, il 6 luglio 2017 la I sezione penale della Suprema Corte⁸⁶, in accoglimento del ricorso presentato dal difensore di Contrada, ha annullato senza rinvio l'ordinanza con cui la Corte di Appello di Palermo aveva dichiarato inammissibile la richiesta di revoca ai sensi dell'art. 673 c.p.p. della condanna e ha dichiarato «ineseguibile e improduttiva di effetti penali la sentenza emessa nei confronti di Contrada Bruno dalla Corte di Appello di Palermo in data 25 febbraio 2006, irrevocabile in data 10 maggio 2007» scrivendo così, pare, la parola «fine» a questa vicenda.

Ripercussioni della sentenza *Contrada c. Italia* si sono avute anche con riguardo ai c.d. «fratelli minori» di Contrada e, anche in questi casi, è risultato evidente quanto sia difficile parlare di prevedibilità dell'esito giudiziario.

⁷⁹ Cfr. Corte di Appello di Caltanissetta, 18 novembre 2015, sent. n. 924, dep. 17 marzo 2016, p. 16, in *Dir. pen. cont.*, con commento di VIGANÒ F., *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte EDU*, 28 aprile 2016.

⁸⁰ *Ibidem*, pp. 16 – 17.

⁸¹ *Ibidem*, p. 17.

⁸² Per una critica alla sentenza della Corte di Appello di Caltanissetta si rimanda a VIGANÒ F., *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte EDU*, in *Dir. pen. cont.*, 28 aprile 2016.

⁸³ Cass. Pen., Sez. II, 6 luglio 2016 (dep. 17 ottobre 2016), sent. n. 43886, in *Dejuregiuffrè.it*

⁸⁴ Corte di Appello di Palermo, 11 ottobre 2016, ord. n. 466, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 1/2017, con nota di BERNARDI S., *Continuano i "tormenti" dei giudici italiani sul caso Contrada: la Corte d'Appello di Palermo dichiara inammissibile l'incidente d'esecuzione proposto in attuazione del giudicato europeo*.

⁸⁵ Cass. Pen., Sez. II, 30 aprile 2015, sent. n. 34147., in *CED*.

⁸⁶ Cass. Pen., Sez. I, 6 luglio 2017 (dep. 20 settembre 2017), sent. n. 43112, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 9/2017, con nota di VIGANÒ F., *Strasburgo ha deciso, la causa è finita: la Cassazione chiude il caso Contrada*.

A meno di un mese dalla sentenza con cui il Tribunale di Caltanissetta respingeva l'istanza di revisione di Contrada, il Gip presso il Tribunale di Catania, partendo dall'assunto che il concorso esterno in associazione mafiosa non è previsto dalla legge come reato, ha emesso sentenza di non luogo a procedere⁸⁷ nei confronti di Ciancio Sanfilippo Mario. Il Gip di Catania, in realtà, ha interpretato la sentenza CEDU in maniera difforme rispetto al significato che i giudici strasburghesi intendevano dare. Il giudice territoriale, infatti, non curando la questione relativa alla prevedibilità, ha sostenuto che nel processo a Strasburgo le parti hanno pacificamente ritenuto il concorso esterno in associazione mafiosa come reato di origine giurisprudenziale e che, pertanto, «deve dichiararsi che non esiste il reato contestato all'imputato per il principio di legalità, essendo il sistema giuridico italiano un sistema di *civil law* e non già di *common law*»⁸⁸.

Non può stupire, pertanto, la decisione presa dalla Suprema Corte sul ricorso presentato dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Catania con la quale i giudici di legittimità, dopo aver chiarito che «deve escludersi che possa assumere rilievo, quantomeno con riguardo all'intero arco di proiezione delle condotte contestate all'imputato, la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, 14. 4.2015, Contrada c. Italia» in quanto tale decisione «non sorregge in alcun modo la conclusione della non configurabilità della fattispecie del concorso esterno nel reato associativo»⁸⁹, hanno annullato con rinvio la sentenza impugnata.

Al di là dei dubbi di diritto sostanziale che lascia tale argomentazione, appare evidente che il Gip di Catania non avrebbe dovuto (e soprattutto potuto) disapplicare la norma ritenuta in contrasto con una disposizione della Costituzione. Si badi, peraltro, che la previsione del concorso esterno, seppure fosse da considerarsi esclusivamente di origine giurisprudenziale, non sarebbe affatto in contrasto con la norma europea in quanto nella sentenza della Corte EDU ciò che viene rimproverato è l'applicazione retroattiva di un orientamento giurisprudenziale sfavorevole, non l'applicazione di una norma di creazione giurisprudenziale. Anche laddove ciò si fosse verificato, il giudice interno avrebbe dovuto sollevare questione di legittimità costituzionale per contrasto con l'art. 117 Cost.⁹⁰ o ancora, visto l'esito del ragionamento del giudice, per contrasto con l'art. 25 co. 2 Costituzione⁹¹.

Questione di legittimità costituzionale che è stata posta, invece, dai difensori di Michele Trematerra nell'ambito del giudizio di Cassazione relativo al ricorso presentato dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Catanzaro avverso l'ordinanza pronunciata dal Tribunale del Riesame che aveva rigettato l'appello del Pubblico Ministero contro l'ordinanza con la quale il Gip aveva negato l'applicazione della misura della custodia cautelare in carcere. La questione era stata sollevata sia perché la pena per il concorrente esterno non sarebbe prevista dalla legge, sia perché ad esso è applicata la stessa pena prevista per il partecipante.

Tuttavia, con la suddetta sentenza⁹², la Suprema Corte ha colto l'occasione per ribadire, ancora una volta, la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale degli artt. 110 e 416 *bis* c.p., sollevata per contrasto con gli artt. 25 co. 2 e 117 Cost., quest'ultimo in riferimento all'art. 7 della CEDU, per violazione del principio di legalità: essendo infatti la fattispecie conseguenza della generale funzione incriminatrice dell'art. 110 c.p. Neppure era ipotizzabile «la violazione del principio di determinatezza e di ragionevolezza della pena, in quanto, per il concorrente esterno, sotto il primo profilo, la pena è quella prevista dall'art. 416 c.p. e, sotto il secondo profilo, applicando norme generali (attenuanti nonché artt. 132 – 133 c.p.), può comminare una pena adeguata al concreto disvalore della condotta tenuta dall'agente»⁹³.

Un altro “fratello minore” di Contrada è certamente Marcello Dell'Utri e la sua posizione

⁸⁷ Tribunale di Catania, 21 dicembre 2015, sent. n. 1077, dep. 12 febbraio 2016, in *Dir. pen. cont.*, con nota di MARINO G., [Nuove incongruenze giurisprudenziali sul concorso esterno in associazione mafiosa: gli effetti della sentenza Contrada della Corte Edu](#), 6 maggio 2016.

⁸⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 109.

⁸⁹ Cass. Pen., sez. V, 14 settembre 2016, sent. n. 42996, dep. 12 ottobre 2016, p. 10 in *Dir. pen. cont.*, con commento di VISCONTI C., [Nuove ricadute interne del caso Contrada: la Cassazione annulla il non luogo a procedere nel caso Ciancio e rigetta il ricorso in executivis di Dell'Utri](#), 18 ottobre 2016.

⁹⁰ Sul punto si vedano le sentenze della Corte Costituzionale n. 348 e 349 del 22 ottobre 2007. In dottrina, per esempio, MANES V., *Il giudice e il labirinto*, Roma, 2012, pp. 120 ss..

⁹¹ Per un commento alla sentenza si veda MARINO G., [Nuove incongruenze giurisprudenziali sul concorso esterno in associazione mafiosa: gli effetti della sentenza Contrada della Corte EDU](#), in *Dir. pen. cont.*, pp. 6 ss.

⁹² Cass. Pen., sez. II, 13 aprile 2016, sent. n. 18132, dep. 2 maggio 2016, in *Dir. pen. cont.*, con commento di RAGUSA G., [La Corte di Cassazione ritorna sul tema del concorso esterno in associazione mafiosa: infondata la questione di legittimità costituzionale per violazione del principio di legalità e di ragionevolezza della pena](#), 9 giugno 2016.

⁹³ Cass. Pen., sez. II, 13 aprile 2016, sent. n. 18132, cit., p. 16.

ricopre un ruolo centrale in questo breve *excursus* perché ha posto la questione se l'obbligo di conformarsi al giudicato europeo riguardi solo la vicenda per la quale la Corte di Strasburgo si è pronunciata o anche soggetti diversi ma con posizione processuale simile. Sul punto, la giurisprudenza costituzionale⁹⁴ ha già specificato che tale obbligo sussiste solo ove si tratti di una "sentenza pilota" o di una pronuncia che rappresenti la giurisprudenza consolidata della Corte europea.

La Corte di Appello di Palermo, con ordinanza del 18 novembre 2015⁹⁵, ha dichiarato inammissibile l'incidente di esecuzione con il quale i difensori di Dell'Utri avevano proposto istanza di revoca della sentenza di condanna chiarendo d'ufficio, peraltro, che non è prospettabile una questione di legittimità costituzionale relativamente all'art. 673 c.p.p. nella parte in cui non prevede la revoca della sentenza di condanna passata in giudicato in presenza di una violazione identica a quella già accertata dalla Corte europea.

La Corte di Cassazione⁹⁶, dopo aver chiarito che, in seguito alla decisione della Corte Costituzione n. 113/2011 in tema di ampliamento della revisione al giudicato europeo, lo strumento più idoneo per l'adeguamento alle sentenze CEDU è, appunto, la c.d. "revisione europea"⁹⁷, ha escluso che vi sia identità di posizione tra Bruno Contrada e Marcello Dell'Utri. In particolare, i giudici di legittimità hanno affermato che «al fine di ritenere sussistente o meno un *deficit* di prevedibilità degli effetti della propria condotta, se da un lato rilevano gli orientamenti giurisprudenziali contrastanti, dall'altro rileva la concreta vicenda processuale, la condizione soggettiva dell'imputato al momento del fatto, le modalità di esercizio del diritto di difesa della persona accusata durante il giudizio interno»⁹⁸ evidenziando che Dell'Utri non ha mai sollevato il tema della prevedibilità invocando piuttosto l'applicazione dei principi di diritto stabiliti dalle Sezioni Unite in tema di concorso esterno perché ritenuti funzionali alla propria strategia difensiva⁹⁹. Ciò perché se per Contrada era effettivamente possibile che il fatto fosse qualificato come favoreggiamento, per Dell'Utri l'alternativa era tra concorso esterno e partecipazione interna.

A ben vedere, questa pronuncia sembra quasi voler affermare che Bruno Contrada non abbia "fratelli minori" e, per tale ragione, non si pone il problema di dover adeguare tale sentenza – che non sembra poter essere pilota – a casi analoghi: nel fare ciò, i giudici di legittimità forniscono tuttavia una lettura della prevedibilità diversa¹⁰⁰ rispetto a quella data con la sentenza Contrada dai giudici di Strasburgo. Innanzitutto, a nulla rileva la prevedibilità della decisione al momento del processo dovendo questa sussistere al momento della condotta e, ancora, almeno nel caso di specie, non sembra potersi fare riferimento alle caratteristiche soggettive dei ricorrenti dal momento che i giudici europei hanno completamente abbandonato tale criterio riconoscendo valore solo al precedente qualificato, seppure successivamente modificato rispetto a quello da loro preso quale *discrimen* tra imprevedibilità e prevedibilità.

⁹⁴ Corte Cost., 14 gennaio 2015 (dep. 26 marzo 2015), sent. n. 49, in www.giurcost.org. Tra i commenti si veda, per esempio, BIGNAMI M., *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzionale, CEDU e diritto vivente*, in *questa Rivista*, n. 2/2015, p. 288 ss.; CIVIELLO G., *La sentenza Varvara c. Italia "non vincola" il giudice italiano: dialogo fra Corti o monologo di Corti?*, in *Arch. Pen.* n. 1/2015; CONTI R., *La CEDU assediata? (osservazioni a Corte cost. sent. n. 49/2015)*, in www.giurcost.org; RUGGERI A., *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*, in *questa Rivista*, n. 2/2015, p. 325 ss; VIGANÒ F., *La consulta e la tela di Penelope*, in *questa Rivista*, n. 2/2015, p. 333 ss.

⁹⁵ Corte di Appello di Palermo, 18 novembre 2015, ord. n. 639, dep. 23 novembre 2015.

⁹⁶ Cass. Pen., sez. I, 11 ottobre 2016, sent. n.44193, dep. 18 ottobre 2016, in *questa Rivista* con commento di VISCONTI C., *Nuove ricadute interne del caso Contrada: la Cassazione annulla il non luogo a procedere nel caso Ciancio e rigetta il ricorso in executivis di Dell'Utri*, cit.

⁹⁷ In tema di applicabilità dello strumento della "revisione europea" a casi analoghi a quello del ricorrente vittorioso a Strasburgo si veda Cass. Pen., sez. II, 20 giugno 2017 (dep. 7 settembre 2017), n. 40889 in *Dir. pen. cont.*, fasc. 9/2017, con nota di BERNARDI S., *La Suprema Corte torna sui limiti di operabilità dello strumento della "revisione europea": esclusa l'estensibilità ai "fratelli minori" del ricorrente vittorioso a Strasburgo*, in cui i giudici di legittimità hanno escluso che tale rimedio possa essere utilizzato al di fuori del caso oggetto di giudizio innanzi ai giudici di Strasburgo.

⁹⁸ Cass. Pen., sez. I, 11 ottobre 2016, sent. n.44193, dep. 18 ottobre 2016, cit. p. 31.

⁹⁹ Sul punto si veda un passaggio della sentenza in commento secondo cui «può dunque affermarsi che dal contegno processuale tenuto dal Dell'Utri nei giudizi interni non emerge alcun deficit in punto di prevedibilità in concreto delle conseguenze della condotta tenuta al momento del fatto in rapporto all'esito del giudizio, non essendosi ossa alcuna contestazione (a differenza del Contrada) di tale specifico profilo innanzi alla giurisdizione interna», p. 33.

¹⁰⁰ Per un'analisi compiuta degli effetti della sentenza Contrada in relazione ai c.d. "fratelli minori" si veda BERNARDI S., *I "fratelli minori" di Bruno Contrada davanti alla Corte di Cassazione. Considerazioni su Cass., Sez. I, sent. 11 ottobre 2016*, in *questa Rivista*, 2/2017; PERRONE D., *"Stabilizzazione" del precedente e principio di colpevolezza: osservazioni sulle ricadute interne della sentenza Contrada*, in *Leg. Pen.*, 26 giugno 2016.

4.

La precisione quale requisito di “prevedibilità”. Quando l’“accessibilità” non basta: il caso *de Tommaso c. Italia* e le SS.UU. Paternò (in attesa della Corte Costituzionale).

Solo pochi mesi fa, nel caso *de Tommaso c. Italia*¹⁰¹, la Corte Edu si è nuovamente trovata a decidere sulla prevedibilità, stavolta con riguardo al contenuto della c.d. pericolosità generica nell'ambito delle misure di prevenzione personali di cui alla L. n. 1423/1956 nonché delle prescrizioni del “vivere onestamente”, di “rispettare le leggi” e di “non partecipare a pubbliche riunioni”.

La Corte, dopo aver ricordato il principio generale per il quale «l'espressione “prevista dalla legge” esige non solo che la misura contestata abbia qualche base nel diritto interno, ma si riferisce anche alla qualità della legge in questione, esigendo che debba essere accessibile alle persone interessate e che i suoi effetti debbano essere prevedibili» (§ 106) ha ribadito che «una norma non può essere considerata una “legge” se non è formulata con sufficiente precisione in modo da consentire ai cittadini di regolare la loro condotta» (§ 107).

I giudici di Strasburgo, dopo aver ricostruito la posizione della Corte Costituzionale e di quella di Cassazione in materia, hanno ritenuto insufficienti gli interventi del giudice delle leggi volti a chiarire il significato dei criteri da utilizzare nella valutazione della pericolosità sociale del proposto giungendo alla conclusione che «la legge in questione non contenesse disposizioni sufficientemente dettagliate sui tipi di comportamento che dovevano essere considerati costituire un pericolo per la società» (§ 117).

La medesima considerazione è stata svolta in riferimento alle prescrizioni che vengono imposte al soggetto cui è applicata la misura di prevenzione personale quali il “vivere onestamente”, “rispettare le leggi” e “non dare ragione alcuna a sospetti” valutate come «formulate in termini molto generici e dal contenuto estremamente vago e indeterminato»¹⁰² evidenziando, sul punto, che la Corte Costituzionale è giunta solo nel 2010¹⁰³ e, pertanto, in epoca successiva a quella in cui la misura era stata applicata al ricorrente, a interpretare tali obblighi ritenendo, peraltro, ancora irrisolto il problema della portata di tali imposizioni.

Alla luce di tali considerazioni, la Corte di Strasburgo, nella sua massima composizione, ha concluso che «la legge abbia lasciato ai giudici un'ampia discrezionalità senza indicare con sufficiente chiarezza la portata di tale discrezionalità e le modalità per esercitarla [con la conseguenza che] l'applicazione al ricorrente di misure di prevenzione non era sufficientemente prevedibile e non era accompagnata da adeguate garanzie contro i vari possibili abusi» (§ 124) e che la l. n. 1423/1956 «era redatta in termini vaghi ed eccessivamente ampi. Né le persone cui erano applicabili le misure di prevenzione [...] erano definiti dalla legge con sufficiente precisione e chiarezza» (§ 125).

Il giudizio di accessibilità della norma e prevedibilità dei suoi effetti è stato svolto, dai giudici europei, su due piani: il primo relativo ai destinatari delle misure e, in particolare, ai c.d. soggetti a pericolosità generica; il secondo relativo al contenuto delle prescrizioni imposte.

Per quanto concerne il requisito dell'accessibilità, la Corte EDU non ha dubbi: le disposizioni sono contenute in una legge e, dunque, sono da ritenersi certamente accessibili. Ma ciò non basta. Perché sia soddisfatto anche il requisito della prevedibilità, è necessario, nel caso specifico, che i destinatari della norma e le prescrizioni a questi imposti siano sufficientemente chiari e determinati. Ed è proprio su questo punto che i giudici di Strasburgo hanno qualche remora sia per quanto concerne i destinatari della norma indicati all'art. 1 lett. a) e b) l. n. 1423/1956, sia per quanto riguarda gli obblighi di “vivere onestamente”, “rispettare le leggi” e “non dare ragione alcuna ai sospetti”.

Immediata è stata la reazione dei primi commentatori a difesa del sistema delle misure di

¹⁰¹ Corte EDU, Grande Camera, 23.02.2017, *de Tommaso c. Italia*, ric. n. 43395/09. Tra i primi commenti si vedano, tra gli altri, MAUGERI A.M., *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte europea condanna l'Italia per la mancanza della qualità della “legge”, ma una rondine non fa primavera*, in *Dir. pen. cont.*, 3/2017; MENDITTO F., *La sentenza De Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 4/2017; ID., *Prima riflessioni sulla sentenza della Corte EDU De Tommaso c. Italia*, in www.questionegiustizia.it; MAIELLO V., *De Tommaso c. Italia e la cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1039; VIGANÒ F., *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3/2017.

¹⁰² Cfr. *ibidem*, § 119 – 122. Sulla mancanza di limiti temporali e spaziali al divieto di partecipare a riunioni pubbliche § 123.

¹⁰³ Corte Cost., 7 luglio 2010, sent. n. 282/2010, in *Giur. Cost.*, 2010.

prevenzione sostenendosi, in particolare, come il difetto di determinatezza delle categorie di pericolosità generica nonché le prescrizioni analizzate dalla Corte EDU, sia stato 'sanato' dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità che «nel suo divenire e nel suo consolidarsi concorre pienamente ad assicurare il significato della norma e la prevedibilità»¹⁰⁴. In particolare, l'esito della pronuncia *de Tommaso* risentirebbe di quanto avvenuto nel caso concreto in cui il Tribunale aveva applicato la misura sulla base di mere "tendenze criminali", presupposto già ritenuto inidoneo dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 177/1980¹⁰⁵. A dimostrazione delle lacune di tale pronuncia vi sarebbero anche le opinioni dissenzienti di alcuni giudici tra cui Keller, Kjolbro, Raimondi, Šikuta, Villiger secondo i quali non vi sarebbe violazione dell'art. 2 del Protocollo n. 4 sotto il profilo della prevedibilità quanto, piuttosto, una violazione del principio di proporzionalità relativamente al caso concreto¹⁰⁶. A tale conclusione si giunge anche in virtù del fatto che la Corte aveva precedentemente espresso un giudizio positivo sulla prevedibilità delle misure di prevenzione nonché sulla conformità delle stesse all'ordinamento europeo¹⁰⁷. Gli interventi del legislatore e, soprattutto il *diritto vivente*, avrebbero contribuito alla tipizzazione dei presupposti applicativi delle misure di prevenzione personali prevedendo, oltre che la riconducibilità della persona a una delle categorie di pericolosità delineate dal legislatore, anche la pericolosità sociale della persona e l'attualità di detta pericolosità non ritenendo sufficiente la sola realizzazione di un qualsiasi illecito¹⁰⁸.

Anche se la Corte di Strasburgo non ha affrontato la questione relativa alle misure patrimoniali, la dottrina¹⁰⁹ ha subito evidenziato che la sentenza *de Tommaso* potrebbe avere ricadute anche sulle misure ablativo applicate ai soggetti a pericolosità generica. Se è vero, infatti, che a partire dalle modifiche introdotte con il d.l. n. 92/2008, convertito in l. n. 125/2008 è venuta meno l'accessorietà delle misure patrimoniali rispetto alle personali, operando ora il principio di applicazione disgiunta, è altrettanto vero che per l'applicabilità delle prime è in ogni caso richiesto un accertamento della pericolosità del soggetto.

Nella sentenza *de Tommaso* non è denunciato esclusivamente il difetto di determinatezza dei soli presupposti applicativi delle misure, ma anche delle relative prescrizioni imposte la cui violazione, peraltro, può integrare il reato previsto e punito dall'attuale art. 75 d.lgs. n. 159/2011¹¹⁰.

In riferimento alle altre due prescrizioni, si è evidenziato, invece, come quella del "vivere onestamente" non viene applicata da sola, ma è integrata dal "rispettare le leggi" così come chiarito dalla Corte Costituzionale nella sent. n. 282/2010 con la quale i giudici delle leggi hanno specificato che tale prescrizione deve essere letta come l'obbligo «di adeguare la propria condotta a un sistema di vita conforme al complesso delle suddette prescrizioni, tramite le quali il dettato di vivere onestamente si concreta e si individualizza». Anche sull'obbligo di "rispettare le leggi" la Consulta prima e la Cassazione poi hanno escluso si tratti di una prescrizione indeterminata in quanto non si traduce nell'onere di rispettare tutte le prescrizioni la cui violazione porti a ritenere ulteriormente accentuata la pericolosità sociale già accertata. Né deve ritenersi che le prescrizioni siano norme a carattere generale in quanto è compito della giurisprudenza calibrarle *ad personam* affinché possano esplicare la loro efficacia¹¹¹.

¹⁰⁴ MENDITTO F., *La sentenza de Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 4/2017, p. 35.

¹⁰⁵ In particolare, in questa pronuncia, i giudici delle leggi, nel dichiarare illegittima la categoria dei "proclivi a delinquere", hanno specificato che i presupposti di fatto su cui fondare il giudizio di pericolosità sociale devono essere previsti dalla legge e che la descrizione delle condotte considerate deve prevedere il riferimento ai reati o alle categorie di reati che si intende prevenire in modo da garantire maggiore determinatezza.

¹⁰⁶ Tra le opinioni dissenzienti, particolarmente interessante è quella del giudice Pinto de Albuquerque secondo cui quella delle misure di prevenzione sarebbe una "truffa delle etichette" trattandosi, in realtà, di misure che hanno natura penale e devono essere sottoposte alle garanzie della materia penale. Sul punto, da ultimo, MANNA A., in *Il principio di legalità*, cit., il quale ha pure sostenuto che, siccome la Corte EDU ha applicato paradigmi di natura penalistica, ne dovrebbe scaturire «un futuro ripensamento circa la natura giuridica delle misure di prevenzione, in quanto, avendo applicato detto tipo di paradigmi, a questo punto rischia di diventare un'antinomia giuridica quella di voler continuare a qualificare le misure *de quo agitur* come puramente amministrative», p. 9.

¹⁰⁷ Si vedano, per esempio, Corte EDU, 22 febbraio 1994, Raimondo c. Italia; Corte EDU, 20 aprile 2010, Villa c. Italia, ric. n. 19675/06; Corte EDU, 8 ottobre 2013, Monno c. Italia, ric. n. 18765/09.

¹⁰⁸ Si vedano, per esempio, per quanto concerne la giurisprudenza di legittimità Cass. Pen., Sez. I, 24 marzo 2015 (dep. 17 luglio 2015); sent. n. 31209, in *C.E.D. Cass.*; Cass. Pen. SS.UU., 26 giugno 2014 (dep. 2 febbraio 2015), in *questa Rivista*, 5 febbraio 2015.

¹⁰⁹ MAUGERI A.M., *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte Europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della "legge", ma una rondine non fa primavera*, cit., 6 marzo 2017, p.17; VIGANÒ F., *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione patrimoniali*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3/2017.

¹¹⁰ Per quanto concerne la prescrizione del "non dare ragione alcuna di sospetto", il problema si è posto solo relativamente al caso *de Tommaso*, la cui misura era stata applicata in vigenza della L. 1423/1956, ma non è più prevista nel testo dell'attuale codice antimafia.

¹¹¹ In questi termini, Cass. Pen., SS.UU., 29 maggio 2014 (dep. 24 luglio 2014, sent. n. 32923, in *C.E.D. Cass.*, 2014, n. 260019).

Anche la prescrizione del “non partecipare a pubbliche riunioni” è stata ritenuta vaga e indeterminata e, sul punto, recentissima giurisprudenza di merito, intervenuta dopo la sentenza de Tommaso, ha chiarito che tale disposizione deve essere letta in riferimento alle riunioni in luogo pubblico per le quali deve essere dato preavviso alle Autorità che possono vietarle di cui all'art. 17 co. 2 Cost. e non anche a quelle in luogo aperto al pubblico, purché pacifiche e senz'armi¹¹².

Come era inevitabile e come è avvenuto anche per la sentenza Contrada (vd. *supra*), le ricadute interne sono state contrastanti.

La Corte di Appello di Milano¹¹³, il 7 marzo 2017, evidenziando le peculiarità del caso *de Tommaso* e giungendo a conclusione che la sentenza resa dalla Grande Camera non può essere considerata né ‘sentenza pilota’, né frutto di una giurisprudenza consolidata alla luce della sentenza n. 49/2015 della Corte Costituzionale, ha confermato la misura applicata al preposto, genericamente pericoloso. I giudici milanesi hanno ritenuto, da un lato, che la genericità del presupposto applicativo, nel caso di specie, poteva essere superata sulla base dei numerosi precedenti penali del soggetto e la gravità di questi tra cui un omicidio, dall'altro, che la portata delle prescrizioni è stata ormai riempita di contenuto dalla sentenza della Corte cost. n. 282/2010 oltre che dalle pronunce dei giudici di legittimità.

A pochi giorni di distanza, il 14 marzo 2017, il Tribunale di Napoli¹¹⁴, alla luce del *dictum* de Tommaso, ha sollevato questione di legittimità costituzionale della disciplina delle misure di prevenzione fondate sulle fattispecie a pericolosità generica e lo ha fatto sia relativamente alle misure personali sia a quelle patrimoniali ritenendo che la sentenza della Corte EDU, pur non occupandosi delle misure ablative perché non oggetto del caso demandato, travolge l'intera disciplina.

Il 28 marzo 2017 il Tribunale di Palermo¹¹⁵, ribadendo che la sentenza de Tommaso non può essere considerata una ‘sentenza pilota’, ha affermato che «nella normativa vigente non può ravvisarsi alcun contrasto rispetto ai principi posti, a tutela della libertà di circolazione dell'individuo, dalla Corte EDU né, di conseguenza, alcuna incompatibilità con le garanzie costituzionali». Anche i giudici palermitani, poi, hanno specificato che «il dettato di “vivere onestamente” impone al sorvegliato di adeguare la propria condotta ad un sistema di vita conforme al complesso delle [...] prescrizioni a lui imposte, così concretizzandosi e individualizzandosi». Il contenuto delle prescrizioni, dunque, non è indeterminato perché, oltre quanto già specificato dalla Corte cost. nella sent. n. 282/2010, spetta alla giurisprudenza di chiarirne la portata in via interpretativa.

Alle medesime conclusioni è giunto il Tribunale di Roma¹¹⁶ cui fa *da pendant* la nota emessa ai sensi dell'art. 7, co. 3 d.lgs. n. 159/2011 dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Tivoli in data 29 marzo 2017 la quale ha chiarito che la Corte EDU non ha dato rilievo specifico al d.lgs. n. 159/2011, intervenuto sulla «valorizzazione della pericolosità sociale, secondo l'attenta lettura offerta dalla giurisprudenza di legittimità e costituzionale» evidenziando che anche per la Cassazione «sono proponibili interpretazioni stringenti delle categorie di pericolosità con rigorosa individuazione degli elementi di fatto utilizzati, richiamando i delitti accertati irrevocabilmente ovvero le condotte costituenti delitto che si ritiene siano accertate così consolidando un diritto vivente conforme a quanto indicato dalla Corte EDU»¹¹⁷.

Sulla stessa linea del Tribunale di Napoli si è mosso il Tribunale di Udine¹¹⁸ che ha riconosciuto rilievo e applicabilità generale alla sentenza de Tommaso sul presupposto che la stessa è stata emessa dalla Grande Camera facendo ciò, a dire dei giudici, superare la mancanza di

¹¹² Corte di Appello di Milano, sez. autonoma misure di prevenzione, dec. 7 marzo 2017 (dep. 13 marzo 2017), in *Dir. pen. cont.*, p. 6, con nota di FINOCCHIARO S., *Come non detto. Per il Tribunale di Milano la sentenza della Grande Camera de Tommaso in materia di misure di prevenzione non integra un precedente consolidato*, fasc. 4/2017.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ Corte di Appello di Napoli, VIII sez – misure di prevenzione, ord. 14 marzo 2017, in *Dir. pen. cont.*, con nota di VIGANÒ F., *Illegittime le misure di prevenzione personali e patrimoniali fondate su fattispecie di pericolosità generica? Una prima ricaduta interna della sentenza de Tommaso*, fasc. 3/2017.

¹¹⁵ Tribunale di Palermo, Sez. I penale – misure di prevenzione, 28 marzo 2017, in *Dir. pen. cont.*, con nota di BALATO F., *Su talune recenti prese di distanza dalla sentenza della Corte EDU de Tommaso da parte della giurisprudenza di merito*, fasc. 4/2017.

¹¹⁶ Tribunale di Roma, sez. specializzata misure di prevenzione, 3 aprile 2017, in *Dir. pen. cont.*, con commento di RECCHIONE S., *La pericolosità sociale esiste ed è concreta: la giurisprudenza di merito resiste alla crisi di legalità generata dalla sentenza “De Tommaso v. Italia” (e confermata dalle Sezioni Unite Paternò)*, fasc. 10/2017.

¹¹⁷ MENDITTO F., Memoria ex art. 7, co. 3 D.lgs. 159/2011, in *Giur. Pen.*, p. 5.

¹¹⁸ Tribunale di Udine, sez. penale, 4 aprile 2017 (dep. 10 aprile 2017), in *Arch. Pen.*.

un orientamento consolidato. In particolare, essi hanno ritenuto che «non vi è la possibilità di interpretare le disposizioni per adeguarle alla norma convenzionale come interpretata dalla decisione CEDU, venendo ritenuta violata l'intera disposizione normativa»: anche il Tribunale friulano ha così ampliato il giudizio di legittimità rinviandolo per il d.lgs. n. 159/2011, in quanto si tratta di disciplina che riproduce il contenuto degli artt. 1, 3 e 5 della l. n. 1423/1956.

Senonché, il rischio è che la sentenza de Tommaso si tramuti, di fatto, in una 'Varvara bis' non potendosi escludere che, anche in tal caso, richiamando la sentenza n. 49/2015 la Corte costituzionale assuma, per evidenti ragioni, un atteggiamento di analoga prudenza nel riconoscere a quella pronuncia valore vincolante in quanto "sentenza pilota" o espressione di una giurisprudenza consolidata, specie a fronte della rilevanza in essa indubitabilmente rivestita dalle peculiarità del caso, neppure essendo dirimente l'intervento della Grande Camera¹¹⁹.

La genericità delle prescrizioni incide anche su un altro aspetto di particolare rilevanza giacché la violazione di queste configura l'ipotesi di reato di cui all'art. 75 del codice antimafia (prima art. 9 l. n. 1423/1956) ingenerando, pertanto, a catena, un difetto di determinatezza relativamente alla condotta criminosa.

Da ultimo, la Corte di Cassazione¹²⁰ si è espressa nella sua massima composizione, dovendosi stabilire se la norma abbia ad oggetto anche la predetta violazione delle prescrizioni di "vivere onestamente" e "rispettare le leggi"¹²¹ giungendo ad una risposta negativa.

La Suprema Corte ha prima ripercorso la ricostruzione operata dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità evidenziando i contributi tipizzanti derivanti dall'attività ermeneutica e, sul tema specifico, quelli forniti dalla Sentenza Sinigaglia¹²² volti a circoscrivere l'applicazione dell'art. 75 d.lgs. n. 159/2011 solo in presenza di condotte che danno luogo a reati o a gravi illeciti amministrativi, ha poi ritenuto che mentre tale «verifica funzionale è efficace rispetto alle prescrizioni specifiche, riferita alle prescrizioni generiche mostra alcuni limiti».

In particolare, il Supremo consesso, sulla scorta del *dictum* de Tommaso e della giurisprudenza europea, ha posto l'accento sul corollario della prevedibilità sostenendo che la forte discrezionalità concessa ai giudici nell'applicazione della fattispecie, rende ancora più incerta e imprevedibile la condotta prevista dalla norma incriminatrice specificando che «sarebbe caratterizzata da eccessiva discrezionalità sia l'individuazione dei reati [...] sia degli illeciti amministrativi, dovendosi distinguere quelli più gravi la cui violazione darebbe luogo al reato di cui all'art. 75 cit.». Ma, soprattutto, si tratta di una soluzione che non risolve il problema principale, che è quello del *deficit* di determinatezza del reato di cui all'art. 75 cit., in relazione alle violazioni delle prescrizioni generiche dell'*honeste vivere* e del rispettare la legge¹²³. *Deficit* che, a giudizio della Cassazione, non sarebbe stato totalmente risolto dall'interpretazione della Corte Costituzionale¹²⁴.

La Corte, dunque, ha condiviso l'assunto secondo cui la prevedibilità degli effetti di una disposizione non dipende esclusivamente dalla presenza di una base legale quanto, piuttosto, dalla 'qualità' della stessa perché solo una norma sufficientemente chiara e precisa consente ai cittadini di regolare la propria condotta e prevedere le conseguenze che possono derivarne. Il problema posto dalle prescrizioni del "vivere onestamente" e "rispettare le leggi" a causa della loro vaghezza pone un problema di conoscibilità del precetto che incide direttamente sulla

¹¹⁹ Così, di recente, anche MENDITTO, *La sentenza de Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, cit., 157 ss.

¹²⁰ Cass. Pen., SS.UU., 27 aprile 2017 (dep. 5 settembre 2017), sent. n. 40076. Per i primi commenti si vedano, per esempio, BIONDI G., *Le Sezioni Unite Paternò e le ricadute della sentenza Corte Edu De Tommaso c. Italia sul delitto ex art. 75, co. 2, D.lgs. n. 159/2011: luci ed ombre di una sentenza attesa*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 10/2017; VIGANÒ F., *Le Sezioni Unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione alla luce della sentenza de Tommaso: un rimarchevole esempio di interpretazione conforme alla CEDU di una fatti specie di reato*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 9/2017, in cui l'Autore definisce il provvedimento come «una perspicua e coraggiosa sentenza» resa «in un momento storico in cui sembrano dominare le spinte centripete ostili al progetto di europeizzazione del sistema penale italiano, in nome della tutela dell'identità costituzionale» e delle specificità della nostra tradizione». L'11 ottobre 2017, la seconda Sezione della Corte di Cassazione (Cass. Pen., II sezione, ord. 11 ottobre 2017 – dep. 26 ottobre 2017 – n. 49194) ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 75 D.lgs. 159/2011 considerato in contrasto con gli artt. 25 e 117 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU e all'art. 2, prot. 4 CEDU. Per un commento all'ordinanza, VIGANÒ F., *Ancora sull'indeterminatezza delle prescrizioni inerenti alle misure di prevenzione: la seconda sezione della Cassazione chiama in causa la Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 10/2017.

¹²¹ Sull'indeterminatezza del delitto di cui all'art. 75 D.lgs. 159/2011, si veda, per es., CASTRONUOVO D., *Tranelli del linguaggio e "nullum crimen". Il problema delle clausole generali nel diritto penale*, cit., p. 43.

¹²² Cass. Pen. SS.UU., 29 maggio 2014 (dep. 24 luglio 2014), sent. n. 32923, in *Rv* 260019.

¹²³ Cass. Pen. SS.UU., 29 maggio 2014 (dep. 24 luglio 2014), sent. n. 32923, cit., p. 13.

¹²⁴ Nella parte motiva della sentenza si legge che «è dubbio che [le prescrizioni del "vivere onestamente" e "rispettare le leggi"] possano considerarsi vere e proprie prescrizioni dal momento che non impongono comportamenti specifici, ma contengono un mero ammonimento "morale", la cui genericità e indeterminatezza dimostra l'assoluta inidoneità ad integrare il nucleo di una norma penale incriminatrice», p. 15.

sussistenza della colpevolezza intesa come «possibilità del destinatario di essere motivato dal diritto»: si supera, dunque, la diatriba tra *law in the books* e *law in action* non disconoscendosi affatto il ruolo della giurisprudenza nella tipizzazione delle condotte costituenti il reato in commento, ma ritenendola insufficiente per garantire ai cittadini la conoscibilità degli obblighi imposti.

5.

Riflessi della prevedibilità nella giurisprudenza comunitaria: il caso *Taricco* e il suo epilogo.

Quando si è trattato di “difendere” i propri principi, l’arma della prevedibilità è stata usata anche dai giudici nazionali contro quelli europei.

Il riferimento è alla nota sentenza¹²⁵ resa dalla Corte di giustizia UE nel caso *Taricco*¹²⁶ e, in particolare, all’ordinanza di rimessione n. 24/2017¹²⁷ con la quale la Consulta, sperimentando la strada di un “dialogo tra Corti”¹²⁸, prima di attivare lo strumento dei ‘controlimiti’, ha spiegato alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea che dare attuazione a quanto stabilito nella sentenza *Taricco*, significherebbe violare il principio di legalità in materia penale anche sotto il profilo della prevedibilità della decisione, corollario tanto caro ai giudici di Strasburgo.

La vicenda è nota: la Corte di Giustizia ha giudicato la disciplina della prescrizione incompatibile con gli obblighi di tutela degli interessi finanziari dell’Unione Europea imposti dall’art. 325 TFUE con la conseguenza dell’obbligo per il giudice nazionale, stante il principio del primato del diritto UE, di disapplicare il combinato disposto degli artt. 160, co. 3 e 161, co. 2 c.p.¹²⁹.

La Corte di giustizia ha altresì specificato che «se il giudice nazionale dovesse decidere di disapplicare le disposizioni nazionali di cui trattasi, egli dovrà allo stesso tempo assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati»¹³⁰. Tuttavia, benché la Corte sembri rimettere tale verifica ai giudici nazionali (§ 55), non considerando la prescrizione un istituto

¹²⁵ Per una lettura dei primi commenti alla sentenza si vedano, *ex multis*, EUSEBI L., *Nemmeno la Corte di Giustizia dell’Unione Europea può erigere il giudice a legislatore*, in questa Rivista, 2/2015; MAIELLO V., *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti*, in *Cass. Pen.*, 2016, pp. 1250 ss.; MANES V., *La svolta Taricco e la potenziale “sovversione di sistema”: le ragioni dei controlimiti*, in *Dir. pen. cont.*, 6 maggio 2016; MANACORDA S., *La prescrizione delle frodi in materia di IVA: note minime sulla sentenza Taricco*, in *Arch. Pen.*, n. 3/2016, pp. 867 ss.; MANNA A., *Il difficile dialogo tra Corti Europee e Corti Nazionali nel diritto penale: il caso Taricco*, in *Arch. Pen.*, 3/2016, pp. 673 ss.

¹²⁶ CGUE, Grande Sezione, 8 settembre 2015, *Taricco*, causa C – 105/14, in questa Rivista, con commento di VIGANÒ F., *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di giustizia*, *Dir. pen. cont.*, 14 settembre 2015. Per una ricognizione della pronuncia si veda anche EUSEBI L., *Nemmeno la Corte di giustizia dell’Unione europea può erigere il giudice a legislatore*, in questa Rivista, n. 2/2015, pp. 40 ss. Sull’erronea applicazione del principio di assimilazione nella sentenza in commento, MEZZETTI E. – SESTIERI M., *Una sentenza gravida di effetti in tema di prescrizione delle frodi IVA: fraintendimenti sul principio di assimilazione*, in *Arch. Pen.*, 1/2016.

¹²⁷ Corte Cost., 26 gennaio 2017, ord. n. 24, in questa Rivista. Numerosi i commenti all’ordinanza. Si vedano, *ex multis*, BAILO F., *Il principio di legalità in materia penale quale controlimito all’ordinamento eurocomunitario: una decisione interlocutoria (ma non troppo!) della Corte costituzionale dopo il caso Taricco*, in *consultaonline*, fasc. 1/2017, pp. 94 ss.; CAIENIELLO M., *Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi o confronto identitario?*, in questa Rivista, 2/2017; CIVELLO G., *La Consulta, adita sul caso “Taricco”, ricorre alla Corte di Giustizia UE: orientamenti e disorientamenti nel c.d. “dialogo tra le corti”*, in *Arch. Pen.*, n. 1/2017; CUPELLI C., *La Corte Costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 1/2017; FAGGIANI V., *Lo strategico rinvio pregiudiziale della Consulta sul caso Taricco*, in Osservatorio costituzionale AIC, fasc. 1/2017; KOSTORIS R., *La Corte Costituzionale e il caso Taricco, tra tutela dei ‘controlimiti’ e scontro tra paradigmi*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3/2017; MANES V., *La Corte muove e in tre mosse da scacco a “Taricco”. Note minime all’ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 2017*, in *Dir. pen. cont.*, 13 febbraio 2017; PALAZZO F., *La Consulta risponde alla Taricco: punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, pp. 285 ss.; RICCARDI G., *“Patti chiari, amicizia lunga”. La Corte costituzionale tenta il ‘dialogo’ nel caso Taricco, esibendo l’arma dei controlimiti*, in *Dir. pen. cont.*, 27 marzo 2017; RUGGERI A., *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti*, in *consultaonline*, fasc. 1/2017, pp. 94 ss.; SICURELLA R., *Oltre la vexata questio della natura della prescrizione. L’actio finium regundorum della Consulta nell’ordinanza Taricco, tra sovranismo (strisciante) e richiamo (palese) al rispetto dei ruoli*, in *Dir. pen. cont.*, 19 aprile 2017; VIGANÒ F., *Le parole e i silenzi. Osservazioni sull’ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *Dir. pen. cont.*, 27 marzo 2017.

¹²⁸ L’espressione è di CAIENIELLO M., *Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi o confronto identitario?*, cit.

¹²⁹ In particolare, i giudici di Lussemburgo hanno sottolineato che «l’obbligo degli Stati membri di lottare contro le attività illecite lesive degli interessi finanziari dell’Unione con misure dissuasive ed effettive nonché il loro obbligo di adottare, per combattere la frode lesiva degli interessi finanziari dell’Unione, le stesse misure che adottano per combattere la frode lesiva dei loro interessi finanziari sono obblighi imposti, in particolare, dal diritto primario dell’Unione, ossia dall’art. 325, paragrafo 1 e 2 TFUE» (§ 50) e che «in forza del primato del diritto dell’Unione, le disposizioni dell’art. 325, paragrafi 1 e 2 TFUE hanno l’effetto nei loro rapporti con il diritto interno degli Stati membri, di rendere *ipso iure* inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale esistente» (§ 52).

¹³⁰ Cfr. *Ibidem*, § 53.

di diritto sostanziale, in realtà giunge già alla conclusione che non vi sarebbe violazione dei diritti degli interessati in quanto dalla disapplicazione degli artt. 160 e 161 c.p. «non deriverebbe affatto una condanna degli imputati per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva un reato punito dal diritto nazionale, né l'applicazione di una sanzione che, allo stesso momento, non era prevista da tale diritto. Al contrario, i fatti contestati agli imputati nel procedimento principale integravano, alla data della loro commissione, gli stessi reati ed erano passibili delle stesse sanzioni penali attualmente previste»¹³¹.

A seguito di questa pronuncia, prima la Corte di Appello di Milano¹³² e poi la Corte di Cassazione¹³³ hanno rimesso alla Consulta la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 della l. n. 130/2008 di ratifica ed esecuzione del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, come modificato dal Trattato di Lisbona, nella parte in cui impone l'obbligo di applicare l'art. 325 § 1 e 2 TFUE in particolare secondo l'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia UE nella causa Taricco da cui discende l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare gli artt. 160, co. 3 e 161, co. 2 c.p. quando ne derivi una sistematica impunità delle gravi frodi in materia di IVA¹³⁴.

Entrambe le ordinanze, dopo aver ribadito che l'ordinamento italiano qualifica la prescrizione come istituto di diritto sostanziale, hanno evidenziato l'incompatibilità della disapplicazione richiesta dalla Corte di Giustizia con il principio di legalità in materia penale.

In particolare, l'ordinanza della Suprema Corte ha messo in luce l'indeterminatezza dei presupposti oggettivi dell'obbligo di disapplicazione imposti dalla sentenza Taricco oltre che la violazione del corollario dell'irretroattività in quanto si applicherebbe una norma sfavorevole anche a fatti commessi prima di Taricco. I giudici di legittimità hanno anche osservato che la disapplicazione delle norme sulla prescrizione, stante la natura dell'istituto, comporterebbe uno stravolgimento della funzione della pena che da strumento per la rieducazione del condannato diventerebbe strumento di tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea¹³⁵. E ancora, secondo i giudici rimettenti, l'art. 325 TFUE non può essere considerata regola suscettibile di applicazione automatica in quanto riguarda, piuttosto, la produzione di norme e, in quanto tale, diretta agli Stati membri¹³⁶. I giudici di Cassazione hanno posto l'accento anche sul principio di separazione dei poteri evidenziando che «l'affidamento al giudice dell'individuazione dell'oggetto ("frode grave"), dell'ambito di applicabilità (la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'UE), e della valutazione di ineffettività della disciplina ("in un numero considerevole di casi di frode grave"), assegna all'ordine giudiziario un potere normativo riservato al legislatore, che viola il principio fondamentale della separazione dei poteri»¹³⁷.

Anche la Corte Costituzionale, con l'ordinanza n. 24/2017, si è eretta a difesa del principio di legalità riscoprendo¹³⁸ soprattutto il corollario della determinatezza e ripagando la Corte di Lussemburgo con la stessa "moneta"¹³⁹. Anziché dare diretta attuazione allo strumento dei

¹³¹ Cfr. *Ibidem*, § 56.

¹³² Corte di Appello di Milano, sez. II, 18 settembre 2015, in *Dir. pen. cont.*, con nota di VIGANÒ F., *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE: la Corte d'appello di Milano sollecita la Corte costituzionale ad azionare i controlli*, 21 settembre 2015.

¹³³ *Cass. Pen., Sez. III, 30 marzo 2016, ord. n. 28346 (dep. 8 luglio 2016)*, in *Dir. pen. cont.*

¹³⁴ Non è mancata, però, una pronuncia della Corte di Cassazione con cui i giudici di legittimità, in attuazione del *dictum* Taricco, hanno disapplicato gli artt. 160 co. 3 e 161 co. 2 c.p. Il riferimento è alla sentenza del 17 settembre 2015, n. 2210 con la quale la III sezione, condividendo l'assunto secondo il quale la prescrizione è un istituto di natura processuale, ha escluso che la sentenza Taricco ponga problemi di compatibilità con il principio di legalità e, *valutando* che il caso in esame soddisfaceva i criteri previsti dalla sentenza della Corte di giustizia, ha disapplicato gli artt. 160 co. 3 e 161 co. 2 c.p..

¹³⁵ Così *ibidem*, pp. 43 ss.

¹³⁶ Nella summenzionata sentenza, i giudici di legittimità affermano che «da tale disposizione, e dal complessivo quadro istituzionale dell'Unione, deriva che l'eventuale inadeguatezza della tutela penale apprestata da un ordinamento nazionale potrebbe essere sanzionata con una procedura di inadempimento dello Stato membro (art. 258 e ss. TFUE), non già con l'affermazione di un obbligo di disapplicazione con effetti penali in *malam partem* rivolto ai giudici nazionali», p. 37.

¹³⁷ Cfr. *ibidem*, p. 42.

¹³⁸ La Consulta difficilmente ha dichiarato incostituzionali norme indeterminate riconoscendo al principio di determinatezza una portata piuttosto limitata. Si vedano, a titolo esemplificativo, Corte Cost., 27 maggio 1961, n. 27 in *Giur. Cost.*, 1961, pp. 357 ss.; Corte Cost., 3 marzo 1972, n. 42, in *Giur. Cost.*, 1972, p. 187 in cui la Corte, chiamata a valutare la determinatezza dell'art. 570 c.p. in materia di obblighi di assistenza familiare, ha affermato che il principio di determinatezza è rispettato ogni volta che il legislatore, per la descrizione di una fattispecie, fa ricorso a concetti extragiuridici diffusi; nello stesso senso Corte Cost., 30 gennaio 1974, n. 20, in *Giur. Cost.*, 1974, pp. 73 ss in tema di reati di opinione; recentemente Corte Cost., 1 agosto 2008, n. 327 in tema di applicabilità della nozione di "altro disastro" di cui all'art. 434 c.p. ai casi di disastro ambientale; Corte Cost., 26 gennaio 2009, n. 21, in *Giur. Cost.*, 2009, pp. 2130 ss.; Corte cost., 7 luglio 2010, in *Giur. Cost.*, 2010, in tema di misure di prevenzione. In dottrina si veda, per tutti, MOCCIA S., *La 'promessa non mantenuta'. Ruolo e prospettiva del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001.

¹³⁹ Il riferimento è alla sentenza *Conrada c. Italia*, cit..

‘controlimiti’, i giudici delle leggi hanno infatti deciso di tentare la strada del “dialogo” con i giudici di Lussemburgo rimettendo alla Corte di Giustizia tre questioni pregiudiziali: 1. se l’art. 325 TFUE debba essere interpretato nel senso di imporre al giudice nazionale di dare attuazione alla sentenza Taricco disapplicando il regime prescrizione anche quando ciò sia privo di una base legale chiara e determinata; 2. se l’art. 325 TFUE debba essere interpretato nel senso di imporre al giudice nazionale di dare attuazione a quanto disposto dalla Corte di giustizia anche quando nell’ordinamento dello Stato membro la prescrizione è parte del diritto sostanziale e soggetta al principio di legalità; 3. se la sentenza Taricco debba essere interpretata nel senso di imporre al giudice di disapplicare la normativa italiana sull’interruzione della prescrizione anche quando tale omessa applicazione sia in contrasto con i principi cardine dell’ordinamento costituzionale.

Il primato del diritto UE non è mai stato messo in dubbio dalla giurisprudenza costituzionale e non lo è neppure in tale ordinanza, ma la medesima giurisprudenza ne condiziona l’operatività all’osservanza dei principi supremi dell’ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona tra cui trova spazio, senza dubbio, il principio di legalità.

Per quanto d’interesse ai nostri fini, la Consulta ha specificato che «la Costituzione italiana conferisce al principio di legalità penale un oggetto più ampio di quello riconosciuto dalle fonti europee perché non è limitato alla descrizione del fatto di reato e alla pena, ma include ogni profilo sostanziale concernente la punibilità». Da ciò deriva che l’attuabilità di quanto richiesto dalla Corte di Giustizia è subordinata a due condizioni: la prima relativa alla prevedibilità che il diritto dell’Unione avrebbe imposto al giudice di non applicare gli artt. 160, ult. co. e 161, co. 2 c.p. in presenza delle condizioni richieste nella causa Taricco; la seconda concernente il rispetto della determinatezza di una norma in quanto la mancanza di precisione di fatto delega al giudice scelte discrezionali e valutative tenendo sempre conto che l’ordinamento italiano ripudia l’idea del giudice di scopo¹⁴⁰. I giudici delle leggi, invece, non hanno chiarito un punto centrale relativo alla riserva di legge, ‘controlimite’ che pure potrebbe essere azionato dalla Corte costituzionale¹⁴¹.

Per quanto riguarda il primo profilo, si tratta di capire se il *dictum* Taricco si ponga in contrasto con un corollario della legalità europea così come interpretata dalla Corte di Strasburgo: l’accessibilità della norma e la prevedibilità della decisione.

In primis, è indispensabile una prima osservazione sulla reale portata dell’art. 325 TFUE: occorre capire se si tratta di norma programmatica o precettiva.¹⁴² La differenza è di non poco conto giacché se si riconoscesse un contenuto precettivo, si ammetterebbe in qualche modo una potestà legislativa all’Unione in materia penale mentre se la si considerasse una norma meramente programmatica, questa avrebbe solo un ruolo di indirizzo della politica criminale della tutela degli interessi finanziari dell’UE. Ma la distinzione gioca un ruolo anche in tema di prevedibilità. Laddove si trattasse di norma programmatica, è evidente che un cittadino di qualsiasi Stato dell’Unione non avrebbe in alcun modo potuto prevedere che una disposizione che detta orientamenti rivolti agli Stati avrebbe potuto in qualche modo incidere direttamente sui diritti fondamentali della persona. Nel caso di specie, però, ove anche si volesse riconoscere la natura precettiva all’art. 325 TFUE, non si può certo ritenere che fosse in qualche modo prevedibile la disapplicazione della disciplina interna della prescrizione¹⁴³ quale esito dell’applicazione della norma in commento dal momento che dal testo non si poteva in alcun modo ricavare tale conseguenza giuridica né si rinvenivano orientamenti giurisprudenziali che potessero rendere ipotizzabile un tale esito. E non solo. L’indeterminatezza della norma che fa riferimento a “gravi” frodi fiscali “in un numero considerevole di casi” non impone alcun limite alla discrezionalità del giudice con la conseguenza che non è possibile prevedere il significato

¹⁴⁰ Sul punto si rinvia a SOTIS C., *“Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia”*. Riflessioni su Corte costituzionale 24 del 2017 (causa Taricco), in *Dir. pen. cont.*, 3 aprile 2017, pp. 13 ss.

¹⁴¹ Sul “silenzio” della Consulta sul corollario della riserva si legge, si vedano MANES V., *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a “Taricco”*, cit., p. 11; VIGANÒ F., *Le parole e i silenzi. Osservazioni sull’ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *Il Caso Taricco e il dialogo tra le corti. L’ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, BERNARDI A. – CUPELLI C. (a cura di), Jovene, Napoli, 2017, p. 475 ss.

¹⁴² Sul punto, si vedano, per esempio, DI FLORIO M., *Sul rinvio pregiudiziale alla C.G.U.E. operato dalla Corte costituzionale: un commento a “caldo”*, in *Arch. Pen.*, 1/2017; VENEGONI A., *La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell’Unione in diritto penale nell’area delle frodi*, in *Dir. pen. cont.*, 29 ottobre 2015.

¹⁴³ Per una critica sulla necessità di considerare un diritto fondamentale la prevedibilità in tema di prescrizione, si veda Viganò F., *Le parole e i silenzi*, cit., secondo il quale «il *nullum crimen* impone di assicurare al destinatario della norma penale la possibilità di accedere al precetto e di prevedere le conseguenze sanzionatorie della propria condotta; non già di calcolare in anticipo quanto tempo sarà necessario tenere nascosto il proprio reato, prima di poter finalmente beneficiare dell’effetto salvifico della prescrizione».

che a tali termini sarà attribuito con la conseguenza, da un lato, che la decisione è imprevedibile per i destinatari della norma; dall'altro, che il magistrato diventa "giudice di scopo".

La questione della prevedibilità è stata liquidata in poche battute dall'Avvocato Generale¹⁴⁴ che, nelle conclusioni depositate il 18 luglio 2017, dopo aver ribadito la natura processuale della disciplina della prescrizione, si è limitato a sostenere che «gli interessati non potessero ignorare che i fatti ad essi attualmente addebitati potevano far sorgere la loro responsabilità penale e sfociare, in caso di condanna definitiva, nell'applicazione della pena stabilita dalla legge. Tali atti si configuravano come reati nel momento in cui sono stati commessi, e le pene non saranno più severe di quelle applicabili all'epoca dei fatti»¹⁴⁵.

Relativamente al profilo della determinatezza, la Corte ha specificato che «il tempo necessario per la prescrizione di un reato e le operazioni giuridiche da compiersi per calcolarlo devono essere il frutto dell'applicazione, da parte del giudice penale, di regole legali sufficientemente determinate. [...] In tale prospettiva si tratta di verificare se la regola enunciata dalla sentenza resa in causa Taricco sia idonea a delimitare la discrezionalità giudiziaria»¹⁴⁶ evidenziando che il requisito del «numero considerevole di casi» è tutt'altro che determinato oltre che difficile da definire in via interpretativa¹⁴⁷.

Il difetto di prevedibilità nella causa Taricco incide su due profili: in tema di irretroattività per tutti i fatti commessi prima della sentenza della CGUE e per il fatto che si tratta di un'interpretazione che si discosta da un obbligo di tutela penale indiretta e che finisce per incidere direttamente sul singolo¹⁴⁸.

Può apparire singolare che i giudici delle leggi abbiano dato maggiore rilievo alla prevedibilità e alla determinatezza piuttosto che al corollario della riserva di legge ma, probabilmente, tale scelta può essere letta come il tentativo di "parlare la stessa lingua" dei colleghi europei ed evitare che l'*empasse* si trasformi, come ormai sembra, in uno scontro tra sistemi. Se per il diritto europeo non importa che il *nullum crimen* sia *sine lege scripta*, non v'è dubbio che la materia penale debba essere regolata da leggi chiare, precise, che non abbiano efficacia retroattiva *in malam partem* e che siano dotate di effetti prevedibili. Affermando che tali principi sono fondamentali per l'ordinamento italiano con ripudio del giudice di scopo, dall'ordinanza n. 24/2017 «sembra trasparire la chiara volontà di riaffermare la primazia del diritto 'normativo' sul diritto giurisprudenziale, della legge nazionale sulla giurisprudenza fonte di matrice europea»¹⁴⁹.

L'epilogo è stato, forse, migliore di quanto sperato: nella sentenza depositata il 5 dicembre 2017 (c.d. Taricco *bis*)¹⁵⁰ la Corte di Giustizia, rilevando che «i requisiti di prevedibilità, determinatezza e irretroattività inerenti al principio di legalità dei reati e delle pene si applicano, nell'ordinamento giuridico italiano, anche al regime di prescrizione relativo ai reati in materia di IVA» (§ 58), ha stabilito che «l'art. 325, paragrafi 1 e 2 TFUE dev'essere interpretato nel senso che esso impone al giudice nazionale di disapplicare, nell'ambito di un procedimento

¹⁴⁴ Sul punto si veda anche CUPELLI C., *Le conclusioni dell'Avvocato Generale sul caso Taricco: aspettando la Corte di Giustizia... Il dialogo (non) continua*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 10/2017.

¹⁴⁵ Cfr. Conclusioni dell'Avvocato Generale Yves Bot, Causa C – 42/17, presentate il 18 luglio 2017, § 142, in www.curia.europa.eu. Per un commento si veda BASSINI M., POLLICINO O., *The opinion of Advocate General Bot in Taricco II: seven "deadly" sins and a modest proposal*, in www.verfassungsblog.de e anche in *Dir. pen. cont.*; CUPELLI C., *Le conclusioni dell'Avvocato Generale sul caso Taricco: aspettando la Corte di Giustizia... il dialogo (non continua)*, cit.; RUGGERI A., *Rapporti interordinamentali e conflitti tra identità costituzionale (traendo spunto dal caso Taricco)*, in *questa Rivista*, 4/2017. In particolare, l'Autore evidenzia la divergenza tra le conclusioni dell'Avvocato Bot e quelle depositate dall'Avvocato Bobek nella causa C – 574/1, ric. Scialdone, depositate il 13 luglio 2017 in un caso simile a quello Taricco, in cui l'Avvocato Generale, ponendo l'accento sulle aspettative di tutela dei diritti fondamentali, sostiene le ragioni dei principi di certezza del diritto e della *lex mitior* ritenendoli ostativi alla disapplicazione della disciplina nazionale più favorevole.

¹⁴⁶ Corte Cost., 26 gennaio 2017, ord. n. 24, cit., § 5.

¹⁴⁷ A tale contestazione, l'Avvocato Generale, nelle sue conclusioni, ha rilevato la necessità che l'obbligo degli Stati «sia fondato esclusivamente sulla natura del reato, e che spetti al legislatore dell'Unione definire detta natura» (§ 116) specificando, poi, che «nell'ambito dei negoziati finalizzati all'adozione della proposta di direttiva PIF, il legislatore dell'Unione ha definito la nozione di reati gravi lesivi degli interessi finanziari dell'Unione – reati che includono anche le frodi in materia di IVA – nel senso che essa comprende tutti i reati aventi un collegamento con il territorio di due o più Stati membri che comportano un danno di importo totale superiore alla soglia di € 10 milioni, soglia soggetta a una clausola di revisione» (§ 117).

¹⁴⁸ Si vedano, tra gli altri, LAURITO A., *Il rapporto fra il principio di determinatezza e il precedente vincolante. Considerazioni sui limiti costituzionali all'interpretazione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea a margine del caso Taricco*, in *Arch. Pen.*, n. 2/2017, p. 27 ss.; MICHELETTI D., *Premesse e conclusioni della sentenza Taricco. Dai luoghi comuni sulla prescrizione al primato in malam partem del diritto europeo*, in *Leg. Pen.*, II/2016, p. 8 ss.; MANES V., *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema". Le ragioni dei controlimiti*, cit., p. 7; MANACORDA S., *Le garanzie penalistiche nei rapporti con il diritto dell'Unione e il problematico ricorso al rinvio pregiudiziale: una lettura contestualizzata del caso Taricco*, in *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, BERNARDI A. (a cura di), Napoli, 2017.

¹⁴⁹ Cfr. KOSTORIS R., *La Corte costituzionale e il caso Taricco, tra tutela dei controlimiti e scontro tra paradigmi*, cit., p. 11.

¹⁵⁰ Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 5 dicembre 2017, C – 42/17.

penale riguardante reati in materia di imposta sul valore aggiunto, disposizioni interne sulla prescrizione, rientranti nel diritto sostanziale nazionale, che ostino all'infrazione di sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea [...] a meno che una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente indeterminatezza della legge applicabile, o dell'applicazione retroattiva di una norma che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato». Nella suddetta pronuncia non è mancato il riferimento alla necessità che, ai sensi dell'art. 7 Cedu, le disposizioni penali rispettino i requisiti di accessibilità e prevedibilità per quanto riguarda tanto la definizione del reato quanto la determinazione della pena (§ 55) e che «il requisito di determinatezza della legge applicabile [...] implica che la legge definisca in modo chiaro i reati e le pene che li reprimono [specificando che] tale condizione è soddisfatta quando il singolo può conoscere, in base al testo della disposizioni rilevante e, se del caso, con l'aiuto dell'interpretazione che ne sia stata fatta dai giudici, gli atti e le omissioni che chiamano in causa la sua responsabilità penale» (§ 56).

6. Uno sguardo alla prevedibilità e applicazioni nella giurisprudenza interna. La Corte Costituzionale tra determinatezza e colpevolezza: la “soluzione” dell'art. 5 c.p.

I concetti di accessibilità e prevedibilità non sono stati introdotti dalla giurisprudenza europea, essendo già ben noti nel nostro ordinamento.

Emblematica la storica sentenza n. 364/88 della Corte Costituzionale¹⁵¹ in cui i giudici delle leggi ricollegano la conoscibilità del precetto al principio di colpevolezza e alla funzione rieducativa della pena affermando che prima ancora del rapporto tra soggetto e singola legge, esiste quello tra ordinamento statale e soggetto in cui il primo è tenuto a garantire la “riconoscibilità sociale” del contenuto delle norme che il singolo è tenuto ad osservare: il principio di determinatezza viene così declinato nel senso di imporre al legislatore l'obbligo di «formulare norme concettualmente precise sotto il profilo semantico della chiarezza e dell'intelligibilità dei termini impiegati»¹⁵².

E ancora, i giudici delle leggi hanno ritenuto che il principio di conoscibilità del precetto sia statuito anche dall'art. 73, co. 3 cost., interpretando la *vacatio legis* come possibilità di prendere contezza del disposto normativo, quale «autonomo presupposto necessario d'ogni forma d'imputazione» e, dunque, di rimproverabilità del fatto.

Ciò premesso, è chiaro il collegamento che la Consulta ritiene sussistente tra conoscibilità del precetto e l'art. 27, co. 1 e 3 cost. Se si ignora la legge penale e si tratta di ignoranza inevitabile, non sussistendo la colpevolezza, manca anche la personalità della violazione di cui all'art. 27, co. 1 cost.¹⁵³.

Ai sensi dell'art. 27, co. 1 e 3 cost., inoltre, la rieducazione del condannato presuppone una colpa in capo a quest'ultimo che può ravvisarsi solo se la condotta contestata è stata commessa con la consapevolezza della sua anti giuridicità.

In una pronuncia di poco successiva relativa alla mancanza di determinatezza del precetto dovuto a un errore materiale del legislatore nella formulazione della fattispecie, la mancata accessibilità è stata collegata dal Pretore di Vicenza, che aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale, anche all'art. 24, co. 2 cost. Si è affermato, infatti, che il principio di determinatezza e tassatività «incide direttamente sul diritto di difesa: ed invero l'assenza di tassatività della norma penale rende inattuabile il diritto alla difesa e quindi alla precisa contestazione dell'addebito, atteso che la genericità della norma incriminatrice reagisce sulla

¹⁵¹ Corte Cost., 23 marzo 1988 (dep. 24 marzo 1988), sent. n. 364, in *Consulta online*.

¹⁵² Corte Cost., 9 aprile 1981 (dep. 8 giugno 1981), sent. n. 96, in *Giur. Cost.*. È in questo senso che deve essere inteso il collegamento tra determinatezza della fattispecie e principio di colpevolezza che diventa indispensabile «per garantire al privato la certezza di libere scelte d'azione: per garantirgli, cioè, che sarà chiamato a rispondere penalmente solo per azioni da lui controllabili e mai [...] per comportamenti realizzati nella “non colpevole” e, pertanto, inevitabile ignoranza del precetto». La Consulta giunge perfino a ritenere il principio di colpevolezza quale «secondo aspetto del principio garantistico di legalità vigente in ogni stato di diritto».

¹⁵³ Come si legge nell'ordinanza, «la piena compenetrazione tra fatto e persona implica che siano sottoposti a pena soltanto quegli episodi che, appunto personalmente, esprimano riprovevole contrasto o indifferenza» con i valori della convivenza espressi dalle norme penali.

formulazione del capo d'imputazione»¹⁵⁴.

Del principio di prevedibilità la Consulta si è occupata anche nella nota sentenza n. 230/2012¹⁵⁵: in particolare, il remittente poneva questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 c.p.p. per violazione dell'art. 117 Cost. in relazione agli artt. 5, 6 e 7 CEDU nella parte in cui non include, tra le ipotesi di revoca della sentenza di condanna, il "mutamento giurisprudenziale" determinato da una decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in base al quale il fatto giudicato non è più previsto come reato; la norma violerebbe, altresì, gli artt. 3 e 25 cost. ponendosi in contrasto con il principio di retroattività della norma più favorevole oltre che gli artt. 13 e 27 cost. privilegiando, da un lato, la tutela dell'ordinamento rispetto alla libertà del soggetto e, dall'altro, violando la funzione rieducativa della pena che, in tal caso, rimarrebbe priva di scopo.

Sulla base dell'interpretazione data dalla Corte EDU all'art. 7, è stato chiesto alla Consulta se possa essere applicato un trattamento più favorevole all'imputato in presenza di una successione nel tempo di diverse interpretazioni giurisprudenziali pur in vigenza della medesima fonte scritta.

La Corte, come probabilmente era inevitabile, ha scelto la strada più garantista del principio di legalità, *sub specie* della riserva di legge, affermando che un mutamento giurisprudenziale non rappresenta uno *ius novum*, che, anche pronunce della Cassazione a Sezioni Unite attengono alle dinamiche interpretative delle norme incriminatrici e, stante la non vincolatività delle stesse, non possono avere la medesima efficacia delle ipotesi previste dall'art. 673 c.p.p.

Riferendosi, poi, al caso specifico della *lex mitior*, i giudici delle leggi hanno escluso che dal «principio di irretroattività della norma sfavorevole possa automaticamente ricavarsi l'esigenza "convenzionale" di rimuovere, in nome del principio di retroattività della *lex mitior*, le decisioni giudiziali definite non sintoniche con il sopravvenuto mutamento giurisprudenziale *in bonam partem*».

Eppure la soluzione potrebbe essere rinvenuta, in radice, nell'art. 5 c.p. facendo leva sul principio di colpevolezza e, in particolare, sulla necessaria conoscibilità della norma penale nonché delle conseguenze sanzionatorie. A ben vedere, infatti, i giudici delle leggi, nella già menzionata sentenza n. 364/1988, non hanno inteso riferirsi solo alle ipotesi di mancata pubblicazione della legge «quanto piuttosto a situazioni in cui – in ragione ad esempio dell'oscurità o contraddittorietà del precetto, ovvero dell'esistenza di *contrastis giurisprudenziali in seno alla stessa Corte di cassazione* – il consociato non fosse in grado, al momento di decidere se compiere o meno una certa condotta, di *prevedere se la propria condotta sarebbe stata in seguito considerata penalmente rilevante*»: in quest'ottica, non può allora che concordarsi con quanto già affermato sulle pagine di *questa Rivista* dal suo stesso Direttore Responsabile, secondo cui «un'applicazione più generosa – o semplicemente più intelligente – dell'*ignorantia legis* da parte della giurisprudenza potrebbe, insomma, risolvere in radice il problema qui evidenziato; evitando al tempo stesso al nostro paese possibili (e prevedibili!) condanne in sede europea, per violazione dei principi di accessibilità della norma penale e di prevedibilità della conseguenze sanzionatorie, che come abbiamo visto a suo tempo la giurisprudenza di Strasburgo deduce da tempo dall'art. 7 CEDU»¹⁵⁶.

6.1.

(segue). La Corte di Cassazione: solo due esempi in tema di concorso apparente di norme e tentativo di rapina impropria.

Due, tra le tante, le questioni sulle quali la Cassazione ha invocato la prevedibilità ai sensi dell'art. 7 Cedu. Nei due casi esaminati, la Suprema Corte ha riconosciuto il contributo del diritto vivente nella specificazione degli elementi della fattispecie ancorando la prevedibilità al risultato interpretativo¹⁵⁷.

Un primo esempio è rinvenibile nelle Sezioni Unite Giordano¹⁵⁸ in tema di concorso di

¹⁵⁴ Corte Cost., 13 aprile 1992 (dep. 22 aprile 1992), sent. n. 185, in *Consulta Online*.

¹⁵⁵ Corte Cost., 8 ottobre 2012, sent. n. 230, in www.cortecostituzionale.it.

¹⁵⁶ Cfr. VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, p. 8.

¹⁵⁷ In dottrina si veda, per es., TRAPANI M., *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico*, cit., p. 57.

¹⁵⁸ Cass. Pen. SS.UU., 28 ottobre 2010 (dep. 19 gennaio 2011), sent. n. 1235, in *Dir. pen. cont.*, con nota di CACCIALANZA P., *Le Sezioni Unite escludono il concorso fra reati fiscali e truffa aggravata ai danni dello Stato*, 28 gennaio 2011.

reati tra frode fiscale e truffa aggravata ai danni dello Stato.

Nella giurisprudenza di legittimità si rinvenivano due orientamenti contrastanti. Secondo un primo indirizzo, doveva considerarsi ammissibile il concorso tra il reato di cui all'art. 640, co. 2 n. 1 c.p. e quello di emissione ed utilizzazione di fatture per operazioni inesistenti al fine di evadere le imposte sui redditi e sul valore aggiunto sul presupposto che tra essi non sussiste alcun rapporto di specialità in quanto sarebbero diversi i beni giuridici tutelati e gli elementi costitutivi delle fattispecie criminose.

Secondo un altro orientamento, invece, il delitto di frode fiscale si pone in rapporto di specialità con quello di truffa aggravata perché caratterizzato da uno specifico artificio e da una condotta a forma vincolata. Un ulteriore indirizzo giurisprudenziale escludeva infine il concorso di reati non sulla base del principio di specialità, ma di quello di consunzione per il quale «è sufficiente l'unità normativa del fatto desumibile dall'omogeneità tra i fini dei due precetti, con conseguente assorbimento dell'ipotesi meno grave in quella più grave».

Dopo aver chiarito il significato dei principi di specialità, consunzione e assorbimento, i giudici hanno ricordato che secondo una precedente pronuncia a Sezioni Unite¹⁵⁹, «i criteri di assorbimento e consunzione sono privi di fondamento normativo perché l'inciso finale dell'art. 15 c.p. allude evidentemente alle clausole di riserva previste dalle singole norme incriminatrici che, in deroga al principio di specialità, prevedono talora l'applicazione della norma generale anziché di quella speciale, considerata sussidiaria» e che, inoltre, «i giudizi di valore che i criteri di assorbimento e consunzione richiederebbero sono tendenzialmente in contrasto con il principio di legalità, in particolare con il principio di determinatezza e tassatività, perché fanno dipendere da incontrollabili valutazioni intuitive del giudice l'applicazione di una norma penale».

La violazione del principio di legalità deriverebbe anche dalla mancanza di criteri sicuri per stabilire quali e quante fra più fattispecie siano applicabili con conseguente incertezza per il destinatario della norma. E, se è vero che anche il ricorso al criterio di specialità presuppone in certo qual modo una discrezionalità del giudice, è altrettanto vero che questa rimane circoscritta nei limiti di un'attività interpretativa comunque legata agli elementi strutturali della fattispecie, mentre i predetti criteri sono del tutto svincolati da riferimenti normativi.

Sulla base di queste premesse, i giudici hanno specificato che non si può prescindere dal considerare che il principio di legalità trova fondamento anche nell'art. 7 Cedu e che ad esso si collegano i valori dell'accessibilità e prevedibilità. Dunque, «il dato decisivo da cui dedurre il rispetto del principio di legalità [...] è la prevedibilità del risultato interpretativo cui perviene l'elaborazione giurisprudenziale, tenendo conto del contenuto della struttura normativa».

È evidente che il rispetto del corollario della prevedibilità deve essere garantito anche in tema di concorso apparente di norme secondo cui l'applicazione del principio di specialità non deve trascurare «l'utilizzo dei normali criteri di interpretazione concernenti la *ratio* delle norme, le loro finalità e il loro inserimento sistematico, al fine di ottenere che il risultato interpretativo sia conforme ad una ragionevole prevedibilità, come intesa dalla giurisprudenza della Corte EDU».

Sul presupposto che la frode fiscale è connotata da uno specifico artificio costituito dall'emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, le Sezioni Unite hanno aderito all'orientamento giurisprudenziale che ravvisa un rapporto di specialità tra frode fiscale e truffa aggravata ai danni dello Stato da cui deriva l'esclusione della configurabilità del concorso di reati.

Il secondo caso è quello relativo al tema del tentativo di rapina impropria affrontato dalle Sezioni Unite nel 2012¹⁶⁰. Il contrasto giurisprudenziale che ha determinato la remissione della questione alle Sezioni Unite è nota: da un lato vi era l'orientamento che riteneva configurabile il tentativo di rapina impropria nell'ipotesi in cui l'agente, dopo aver compiuto atti idonei diretti all'impossessamento della *res* altrui, non portati a compimento per cause indipendenti dalla propria volontà, adoperi violenza o minaccia per assicurarsi l'impunità e, dall'altro, si era sviluppato un orientamento minoritario secondo cui, invece, in tal caso, si sarebbe configurato un tentato furto in concorso con un altro reato (per esempio le lesioni) avente come elemento costitutivo la violenza o la minaccia.

¹⁵⁹ Cass. Pen., SS.UU., 20 dicembre 2005 (dep. 23 dicembre 2005), sent. n. 47164, in Dejuregiuffrè.

¹⁶⁰ Cass. Pen., SS.UU., 19 aprile 2012 (dep. 12 settembre 2012), sent. n. 34952, in Dejuregiuffrè.

Il ricorrente aveva sostenuto che l'art. 628, co. 2 c.p., in *claris verbis*, impone che la condotta di violenza o minaccia sia preceduta dalla sottrazione della cosa e, pertanto, la configurabilità del tentativo di rapina impropria nel caso descritto contrasterebbe con il principio di legalità. I giudici di legittimità, dopo aver precisato che il principio di legalità trova fondamento oltre che nella costituzione, anche nella Cedu, hanno specificato che nella giurisprudenza europea a tale principio sono collegati i corollari dell'accessibilità e della prevedibilità che non si riferiscono solo alla previsione di legge, ma anche alla norma vivente evidenziando, dunque, il ruolo "decisivo" della giurisprudenza nella precisazione del contenuto enunciato nella legge scritta.

Nella pronuncia, la Corte ha precisato che il «dato decisivo da cui dedurre il rispetto del principio di legalità [...] è, dunque, la prevedibilità del risultato interpretativo cui perviene l'elaborazione giurisprudenziale tenendo conto del contenuto della struttura normativa, prevedibilità che si articola nei due sotto-principi di precisione e di stretta interpretazione»¹⁶¹.

Nel caso di specie, a giudizio della Corte, la prevedibilità dell'interpretazione era assicurata da un diritto vivente forte di una giurisprudenza «addirittura granitica» per molti decenni e, dunque, il contrasto giurisprudenziale non aveva in alcun modo messo in dubbio la configurabilità del tentativo di rapina impropria.

6.2.

La "mossa" del legislatore: il vincolo (a metà) del precedente qualificato alla luce della Riforma Orlando (l. n. 103/2017)

Uniformità dell'interpretazione della legge significa, com'è evidente, parità di trattamento, certezza del diritto e soprattutto prevedibilità della decisione.

In quest'ottica, la l. 23 giugno 2017, n. 103 recante *Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario*, c.d. «Riforma Orlando»¹⁶², con l'introduzione del co. 1 *bis* all'art. 618 c.p.p., rappresenta un tentativo di assecondare tali esigenze con specifico riguardo alla funzione nomofilattica della Corte di Cassazione¹⁶³: se prima, infatti, la scelta in merito all'attribuzione del ricorso alle Sezioni Unite era a discrezione di ciascuna sezione semplice ("su richiesta delle parti o d'ufficio"), sulla scia di quanto già previsto nel processo civile a partire dal 2006¹⁶⁴, viene stabilito ora che ove una sezione semplice intenda discostarsi da un principio di diritto già enunciato dalle Sezioni Unite, non possa più disattenderlo *tout court*, essendo invece tenuta a rimettere la decisione alla massima composizione della Corte.

In tal modo il legislatore ha introdotto una regola specifica che attribuisce natura se non ancora vincolante quantomeno più stringente ai principi di diritto da essa enunciati al massimo livello, garantendo in un certo qual modo una maggiore uniformità all'interpretazione: siamo invero ancora lontani (sempre che questa sia la meta alla quale si vuole giungere) dallo *stare decisis* dei sistemi di *common law*, ma certamente si è voluto dare un segnale importante in tale direzione.

A conferma del potenziamento della funzione nomofilattica, il legislatore ha previsto, peraltro, che le Sezioni Unite possano pronunciarsi sulla questione di diritto che gli è stata rimessa anche nel caso in cui il ricorso sia inammissibile per causa sopravvenuta.

Né può escludersi, in futuro, l'introduzione di ulteriori modifiche in tal senso come quelle già vigenti nell'ambito del processo civile: si pensi, ad esempio, a quanto disposto dall'art. 360 *bis* n. 1 c.p.c.¹⁶⁵ che prevede l'inammissibilità del ricorso quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offra elementi idonei a mutare l'orientamento della stessa; ovvero al disposto dell'art. 118 disp. att. al c.p.c. che, a seguito della novella del 2009, prevede la possibilità di motivare *per relationem* facendo esplicito riferimento ai "precedenti conformi".

¹⁶¹ Cfr. *ibidem*, p. 6.

¹⁶² Tra i commenti alla riforma si vedano, tra gli altri, CONZ A., LEVITA L., *La riforma della giustizia penale*, Dike, 2017; GIALUZ M. – CABIALE A. – DELLA TORRE J., *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in *questa Rivista*, 3/2017.

¹⁶³ Sul punto DELLA TORRE J., *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, cit., p. 24; SPANGHER G., *La riforma Orlando della giustizia penale: prime riflessioni*, in *questa Rivista*, n. 1/2016, p. 97.

¹⁶⁴ Il riferimento è al D.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 che ha modificato l'art. 374 c.p.p.

¹⁶⁵ Articolo introdotto con la L. 18 giugno 2009, n. 69.

7.

Osservazioni conclusive sulla residua incertezza dell'oggetto e del criterio di prevedibilità: dall'esito giudiziario alla qualificazione giuridica del fatto nei termini della sentenza Drassich.

In conclusione, ancora oggi sembra che la fisionomia del principio di prevedibilità rimanga tutta da definire: certo è l'*an*, incerti il *quantum* e il *quomodo*. Si è visto, infatti, come la stessa Corte di Strasburgo utilizzi criteri diversi (qui denominati come oggettivo, soggettivo, evolutivo o del precedente qualificato) fondati su scelte del tutto discrezionali, rendendo così, per certi versi, paradossalmente *imprevedibile* la sua stessa giurisprudenza.

In quest'ottica, occorrerà prima o poi stabilire, una volta per tutte, se nei paesi di *civil law* senza vincolo del precedente la prevedibilità possa essere rivolta anche al diritto giurisprudenziale *contra legem* o solo a quello *praeter* o *secundum legem* ovvero se tale estensione possa determinare effetti in *malam partem* o soltanto in *bonam partem*: come si è visto, se il sistema europeo è frutto della crisi tra ordinamenti di *common law* e quelli di *civil law*, vi è ormai netta prevalenza, sotto questo profilo, delle caratteristiche tipiche del primo, tanto che, come ormai si suol dire, la c.d. legalità europea si muove tra *law in the books* e *law in action*. Forse, allora, «i tempi sono maturi perché la giurisprudenza penale sia elevata a oggetto di vera e propria analisi scientifica»¹⁶⁶ e magari il legislatore si premuri di intervenire a regolare gli effetti dei contrasti giurisprudenziali al fine di garantire l'irretroattività del principio di diritto sfavorevole rispetto al caso in esame¹⁶⁷.

La prevedibilità della decisione dovrebbe ritenersi sussistente solo in presenza di un'interpretazione chiara, non puramente creativa, del dato normativo secondo la prospettiva di un destinatario ragionevolmente avveduto.

È evidente che il concetto di prevedibilità è collegato al principio di colpevolezza e in tal senso può essere letto quanto previsto nella nota sentenza n. 364/88 della Corte costituzionale che ha inteso la conoscibilità della norma quale presupposto della responsabilità penale: se manca la conoscibilità e si tratta di ignoranza inevitabile, non è possibile rimproverare il soggetto agente e, allo stesso modo, se la decisione non può considerarsi sufficientemente prevedibile, non può essere mosso alcun rimprovero a chicchessia. Sulla scia di quanto avviene relativamente all'accertamento della colpa, sarebbe opportuno individuare un *homo eiusdem professionis et conditionis* che permetta di creare una sorta di *misura oggettiva della prevedibilità*, cui aggiungere poi le ulteriori eventuali conoscenze dell'agente.

Per quanto concerne, poi, lo specifico profilo di cosa debba essere prevedibile, in ragione di tali premesse, occorre comprendere se sia corretto individuarne l'oggetto nella decisione giudiziaria o se, piuttosto, a dover essere prevedibile sia qualcos'altro: come di recente sostenuto, infatti, la prevedibilità può essere ricondotta non al contenuto della decisione giudiziaria sul singolo fatto, bensì alla qualificazione giuridica di quest'ultimo nonché alle conseguenze sanzionatorie che da esso derivano¹⁶⁸, come del resto già affermato dalla stessa Corte Edu, sul corrispondente versante processuale nella nota sentenza Drassich¹⁶⁹ in tema di correlazione tra accusa e sentenza. Detto altrimenti, contenendo la legge "un'aspettativa di norma"¹⁷⁰, la prevedibilità dovrebbe comunque essere rivolta all'interpretazione contrassegnandone i limiti dell'eccesso da quanto legittimo aspettarsi, con conseguente responsabilizzazione dei giudici comuni.

Ma, soprattutto, occorre stabilire se e in quale misura l'interpretazione giurisprudenziale possa integrare, essa stessa, l'oggetto della prevedibilità se, come si è visto in tema di concorso esterno in associazione mafiosa, talvolta neppure una pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione basta a stabilizzare un precedente. È evidente infatti che, in un sistema di tipo continentale come il nostro, lo *standard* deve essere molto alto e i criteri utilizzati devono essere particolarmente rigorosi potendosi altrimenti produrre un surrettizio scivolamento ver-

¹⁶⁶ FIANDACA G., *Diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, cit., p. 8.

¹⁶⁷ Sul punto, si veda, tra gli altri, DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 166.

¹⁶⁸ DONINI M., *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., in cui chiarisce che «le decisioni non sono direttamente prevedibili, soprattutto in punto di fatto [...]. Solo le possibili soluzioni in diritto, nella dimensione dell'interpretazione in astratto delle regole possono e devono essere prevedibili», p. 33 e, ancora, «l'obiettivo più che la prevedibilità delle decisioni in sé, che dipendono da molte variabili, riguarda la prevedibilità del diritto, nella sua duplice veste di formante legislativo e giurisprudenziale», p. 37 (corsi dell'Autore).

¹⁶⁹ Corte EDU, II sezione, 11 dicembre 2007, causa Drassich c. Italia, ric. n. 25575/04, in www.giustizia.it.

¹⁷⁰ Sul punto si veda TRAPANI M., *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico*, cit., p. 54 ss.

so forme di *common law* anche mediante il supporto della giurisprudenza Edu: sotto questo profilo, sembra potersi conclusivamente affermare che, almeno allo stato, alla giurisprudenza possa legittimamente riconoscersi soltanto una funzione integratrice della norma (*secundum o praeter legem*), ma non anche quella di vero formante, specie *contra legem*, del diritto seppure il legislatore, con la Riforma Orlando, abbia indubbiamente compiuto un passo avanti verso tale direzione, lungo una strada che, però, appare ancora (forse per fortuna) tutta in salita.

Legittimità costituzionale del limite massimo di pena quale presupposto della non punibilità per particolare tenuità del fatto

Corte cost., sentenza n. 207 del 17 luglio 2017

Constitutionality of the Maximum Limit Applicable to Punishment as Requirement for the Exclusion of Punishability due to the Particular Tenuity of the Fact

ARTILIO NISCO

*Ricercatore in Diritto penale presso l'Università di Bologna
attilio.nisco2@unibo.it*

TENUITÀ DEL FATTO, PUNIBILITÀ, PROPORZIONALITÀ

TENUITY OF THE FACT, PUNISHABILITY, PROPORTIONALITY

ABSTRACT

L'esclusione della punibilità per la particolare tenuità del fatto, ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p., è prevista solo per i reati puniti con la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni (ovvero con pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena). Da ciò deriva l'inapplicabilità dell'esimente alla ricettazione di particolare tenuità ex art. 648, co. 2° c.p., punita nel massimo con sei anni di reclusione. La Corte costituzionale, con la sentenza in epigrafe, ha escluso che tale conseguenza sia irragionevole, ma ha anche evidenziato alcune incongruità nella normativa vigente, esortando il legislatore ad intervenire. Il presente contributo intende dimostrare come i dubbi sulla costituzionalità del parametro utilizzato dall'art. 131-*bis* c.p. non siano affatto fugati, prospettando una diversa formulazione della questione.

According to Art. 131-*bis* of the Italian Penal Code, the exclusion of punishment for the particular tenuity of the fact is applicable only to offences, whose statutory punishment does not exceed five years imprisonment. Consequently, Art. 131-*bis* of the Italian Penal Code cannot be applied to the offence of receiving stolen goods, even if the act was of negligible significance according to Art. 648 Par. 2 of the Penal Code, because the statutory punishment is imprisonment for up to six years. The Italian Constitutional Court, by its judgement No. 207/2017, has ruled that this legislative outcome is not unreasonable, but has also highlighted some inconsistencies of the current regulation, that would require a reform. The present contribution tries to demonstrate that the decision of the Court does not remove every doubt about the constitutionality Art. 131-*bis* of the Italian Penal Code.

SOMMARIO

1. La questione. – 2. I rapporti tra tenuità esimente e tenuità attenuante. – 3. Il giudizio della Corte costituzionale sull'attuale assetto normativo. – 4. Una possibile riformulazione della questione. – 4.1. Individuazione del *tertium comparationis*. – 4.2. Fondamento della non punibilità per particolare tenuità del fatto. – 5. Il limite massimo di pena come motivo d'irragionevolezza intrinseca della norma. – 6. Conclusioni.

1. La questione.

Con la sentenza in commento la Corte costituzionale dichiara non fondata una questione di costituzionalità relativa all'art. 131-bis c.p. (*Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*), nella parte in cui prevede un limite massimo di pena edittale entro il quale è possibile applicare l'esimente, per supposta violazione degli artt. 3, 13, 25 e 27 Cost¹.

Come noto, ai fini della non punibilità, oltre alla presenza di "indici-criteri" di esiguità ed all'assenza di fattori ostativi alla concessione dell'esimente (tra i quali la non abitudine del reato), è necessario che il reato sia punito con una pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni². In tal modo, il legislatore ha fissato una soglia di gravità in astratto del reato quale presupposto generale della non punibilità anche rispetto a fatti che, in concreto, potrebbero essere considerati tenui; contro il dato per cui, in teoria, l'esiguità dell'illecito è una caratteristica virtualmente riscontrabile in qualunque reato, a prescindere dal rango del bene giuridico protetto o della cornice edittale³.

Nelle maglie di tale controverso rapporto tra esiguità in concreto e gravità in astratto del reato, si situa la questione affrontata dalla sentenza in commento.

Il Tribunale di Nola aveva sollevato questione di costituzionalità in merito ad un caso di ricettazione attenuata ex art. 648 co. 2° c.p. (consistita nella detenzione al fine di vendita di un esiguo numero di astucci con marchio contraffatto), al quale, a detta del giudice, sarebbe stato applicabile l'art. 131-bis c.p., se non vi si fosse opposto il limite massimo di pena superiore ai cinque anni⁴.

La vicenda, secondo il giudice rimettente, rivelerebbe vari profili di incostituzionalità dell'art. 131-bis c.p.: a cominciare dalla violazione dell'art. 3 Cost., dal momento che, per contro, l'esimente risulta astrattamente applicabile in una serie di ipotesi di reato, esemplificate con ampio elenco contenuto nell'ordinanza, «di sicuro maggiore allarme sociale rispetto alla ipotesi attenuata della ricettazione ex art. 648, comma 2 del codice penale (...)», ma punite con un massimo edittale non superiore a cinque anni.

L'ordinanza di rimessione evidenzia come, innanzi a casi concreti caratterizzati da ridotta offensività, la previsione di un limite astratto di pena da parte dell'art. 131-bis c.p. opponga al giudice «uno sbarramento normativo» ingiustificato, «che gli impone di sanzionare condotte di scarso allarme sociale, mentre, viceversa, gli consente di ritenere non punibili condotte di pari od addirittura maggiore carica offensiva (...)». A tale profilo di incostituzionalità conseguirebbe anche una violazione del principio di offensività e della finalità rieducativa della pena, incardinati negli artt. 13, 25 e 27 Cost.

La Corte costituzionale non condivide tale censura, per le ragioni che tra a breve saranno illustrate. Tuttavia, sollecitata dall'ordinanza di rimessione, essa ha l'occasione per esprimersi

¹ Per un primo commento, S. SANTINI, *Mancata estensione della non punibilità per particolare tenuità del fatto alla ricettazione di particolare tenuità: infondata (ma non troppo) la relativa questione di legittimità*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 9/2017, 142 ss.

² Tra i numerosi commenti (di taglio sostanzialistico) si vedano: T. PADOVANI, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, in *Guida dir.*, 15/2015, 19 ss.; R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 659 ss.; F. MANTOVANI, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Giust. pen.*, 2015, II, 321 ss.; A. GULLO, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.*, in S. Quattrocchio (a cura di), *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, Torino, 2015, 3 ss.; C. SANTORIELLO, *La clausola di particolare tenuità del fatto. Dimensione sostanziale e prospettive processuali*, Roma, 2015; L. PACIFICI, *La particolare tenuità dell'offesa: questioni di diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. cont.*, 14 luglio 2015; G. PAVAN, (voce) *Particolare tenuità del fatto (dir. pen. sostanziale)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 2016, 500 ss. Per una prima rassegna giurisprudenziale, si rinvia a G. ALBERTI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 405 ss.

³ Cf. T. PADOVANI, *Un intento deflattivo*, cit., p. 20. Al riguardo, v. anche M. DONINI, *Le tecniche di degradazione tra sussidiarietà e non punibilità*, in *Ind. pen.*, 2003, 97.

⁴ Tribunale di Nola, ordinanza n. 88 del 14 gennaio 2014, in *Dir. pen. cont.*, 22 dicembre 2016, con commento di S. SANTINI, *L'articolo 131-bis c.p. al vaglio della Corte Costituzionale: irragionevole la sua mancata estensione alla ricettazione di particolare tenuità?*.

su alcune questioni interpretative poste dall'art. 131-bis c.p. e, soprattutto, per rivolgere un monito al legislatore, dal quale si capisce che il problema della legittimità costituzionale del massimo edittale come condizione applicativa della clausola di tenuità non può dirsi risolto⁵.

2.

I rapporti tra tenuità esimente e tenuità attenuante.

Nel precisare i termini della questione, con particolare riferimento al correttivo cui essa mira, il giudice rimettente si sofferma sul comma 5° dell'art. 131-bis c.p., ai sensi del quale «La disposizione del primo comma [dello stesso art. 131-bis] si applica anche quando la legge prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante». L'irragionevolezza dell'art. 131-bis emergerebbe proprio dall'impossibilità di estendere il suo 5° comma alla ricettazione di particolare tenuità.

Tale impostazione suppone l'individuazione di un nesso tra 1° e 5° comma dell'art. 131-bis c.p., sul quale la Corte costituzionale ritiene di dover prendere posizione. La questione di costituzionalità, per vero, sarebbe rilevante anche se l'art. 131-bis c.p. nulla dicesse al riguardo, ma, alla luce dell'ordinanza di rimessione, conviene partire – proprio come fa la sentenza in commento – dai rapporti tra esimente della particolare tenuità del fatto e figure circostanziate di tenuità.

Attraverso il comma 5° dell'art. 131-bis c.p., il legislatore ha inteso verosimilmente coordinare l'esistenza delle varie circostanze attenuanti concernenti la tenuità del fatto, disseminate nel codice e nella legislazione complementare, con la nuova disposizione codicistica. Nondimeno, la presenza di questo comma reca con sé alcuni dubbi interpretativi.

Va anzitutto escluso che il comma 5° consenta di applicare il primo comma, e quindi l'esimente, per il sol fatto che ricorra un'attenuante avente tra i propri elementi costitutivi la tenuità del danno o del pericolo, anche quando il reato prevede una pena edittale superiore a cinque anni. È proprio in virtù di tale premessa, condivisa anche dalla giurisprudenza di legittimità⁶, che il giudice rimettente ritiene doversi dichiarare l'art. 131-bis c.p. incostituzionale.

Si tratta dunque di un punto fermo: l'operatività dell'art. 131-bis, comma 5° c.p. va circoscritta ai casi in cui il reato rientri nei limiti di pena stabiliti dal comma primo (cinque anni).

Va aggiunto che il reato può sottostare a tali limiti per effetto di una circostanza ad effetto speciale, secondo quanto previsto dal comma 4° dell'art. 131-bis c.p., e che tale circostanza può a sua volta essere incentrata sulla tenuità del fatto o di alcuni suoi elementi. Tant'è che, secondo una lettura proposta in giurisprudenza, il comma 5° dell'art. 131-bis «si limita a prevedere che nei casi di fatti circostanziati lievi, ove la pena sia inferiore ad anni cinque, di tale elemento può tenersi conto due volte»: cioè una volta ai fini del computo del limite massimo di pena, una seconda volta (a seguito di tale computo) ai fini dell'applicazione dell'esimente⁷.

Tuttavia, ci si può chiedere se, quando si rientri nei cinque anni e ricorra una figura circostanziata di tenuità, l'esimente *debba* o *possa* essere applicata.

A tale quesito la sentenza in commento risponde nel modo seguente: «la formulazione dell'art. 131-bis cod. pen. indica solo che l'esistenza di un'attenuante, di cui la particolare tenuità del danno o del pericolo sia elemento costitutivo, di per sé non impedisce, ma neppure automaticamente comporta, l'applicazione della causa di non punibilità». In tal modo si distingue nettamente tra il ruolo da assegnare alla causa di non punibilità di cui all'art. 131-bis c.p. e attenuanti basate sulla tenuità del fatto, tra le quali rientra la previsione dell'art. 648 comma 2° c.p. Circostanze di questo tipo hanno, secondo la Corte, «la funzione di mitigare una risposta punitiva improntata a particolare rigore» ed all'occorrenza bisognosa di essere adattata alle peculiarità del caso concreto. Esse comportano una valutazione meno complessa di quella richiesta dall'art. 131-bis c.p., il quale invece impone di tenere conto di fattori ulteriori rispetto alle modalità della condotta e all'entità del danno e del pericolo⁸.

⁵ Cfr. anche S. SANTINI, *Mancata estensione*, cit.

⁶ Cass. pen., sez. II, 20 aprile 2017, n. 23419, in *DeJure*. Si veda anche la giurisprudenza richiamata da G. ALBERTI, *Non punibilità*, cit., 405-406.

⁷ Cass. pen., sez. II, 20 aprile 2017, n. 23419 cit.

⁸ Sul punto la Consulta richiama due recenti pronunce delle Sezioni unite penali della Corte di cassazione sull'art. 131-bis c.p., relative alla compatibilità tra esclusione della non punibilità per la particolare tenuità del fatto e reati del codice della strada contenenti soglie di punibilità: Sez. Un. Pen., 25 febbraio 2016 n. 13681 e n. 13682, in *Cass. pen.* 2016, p. 2375 ss.; per un commento, M. CATERINI, *Inoffensività e tenuità del fatto nella recente giurisprudenza delle Sezioni Unite*, *ivi*, 2017, 624 ss.

È invero discutibile se l'art. 131-bis c.p. implichi una valutazione della colpevolezza, in senso proprio, come ritiene la Corte, o piuttosto un giudizio inerente alla tipicità soggettiva, ma certo si deve convenire sulla maggiore "complessità" della norma, che tipizza l'illecito bagatellare non punibile, rispetto alla usuale conformazione delle corrispettive attenuanti.

Il punto da rimarcare è però un altro.

La lettura della Corte, in realtà, è idonea a chiarire i rapporti tra comma 5° dell'art. 131-bis c.p. e figure circostanziali genericamente attinenti alla tenuità (o levità) del "fatto", dettate dall'intenzione di evitare un esito applicativo indesiderato: se l'art. 131-bis c.p. non disponesse nulla al riguardo, potrebbe prospettarsi la tesi, secondo cui le figure circostanziate di tenuità sono ipotesi speciali di "tenuità", destinate, per tanto, a prevalere sulla norma generale prevista dall'art. 131-bis c.p. ed a svilrle gli scopi⁹. In tal senso, il 5° comma concede una "possibilità" che ragioni sistematiche (forse non insuperabili) avrebbero potuto impedire.

Ma il disposto dell'art. 131-bis comma 5° si appunta su uno specifico profilo della tenuità, cioè sul risultato lesivo (danno o pericolo), e contiene un verbo all'indicativo («La disposizione di cui al primo comma *si applica*»), che sottende un vincolo.

Per tanto, il comma 5° pare risolvere un concorso tra norme in favore dell'art. 131-bis c.p., tutte le volte in cui una fattispecie integri i requisiti di quest'ultima norma e, al tempo stesso, quelli di un'attenuante fondata sulla tenuità del danno o del pericolo¹⁰. In questi casi, se ritiene applicabile solo l'attenuante, il giudice dovrà motivare in merito alla mancanza di un presupposto dell'esimente nel caso concreto¹¹. Per contro, non dovrebbe poter negare l'esimente in base ad elementi non previsti dall'art. 131-bis c.p. o graduando ulteriormente la tenuità del danno o del pericolo in vista della concessione solo di un'attenuante¹².

In sintesi, quando sono presenti tutti i requisiti dell'art. 131-bis c.p. e solo si prospetti l'alternativa tra tenuità del danno (o del pericolo) con effetto esimente o attenuante, il comma 5° impone l'effetto esimente¹³. Quando, invece, si pone un problema di concorso tra esimente e circostanza attenuante concernente la tenuità di altri più generici elementi (del "fatto", non necessariamente del danno o del pericolo), sussiste un potere discrezionale del giudice.

Se la pena prevista non eccedesse il limite dei cinque anni, la ricettazione di particolare tenuità ex art. 648, comma 2° c.p. ricadrebbe in questa seconda ipotesi. Nondimeno, nella prassi la sua applicazione è subordinata all'apprezzamento di un'ampia serie di indici di tenuità, concernenti non solo il modesto valore dell'oggetto materiale¹⁴, che possono di fatto coincidere con i requisiti dell'esimente regolata dall'art. 131-bis c.p. Ne deriva che, sia pure virtualmente rientrando nella sfera della discrezionalità del giudice, l'applicazione dell'esimente è impedita dalla legge innanzi a fatti di ricettazione conformi ai crismi dell'illecito bagatellare tipizzato dall'art. 131-bis c.p.

3. Il giudizio della Corte costituzionale sull'attuale assetto normativo.

La questione di costituzionalità, dicevamo, verte sul limite massimo di pena previsto dal primo comma dell'art. 131-bis c.p., ritenuto dal giudice rimettente contrario, in primo luogo, all'art. 3 Cost.

Questo aspetto della disciplina contenuta nell'art. 131-bis c.p. non era sfuggito alla critica di autorevole dottrina, la quale, in sede di primo commento, aveva rilevato l'incongruenza di un limite applicativo basato sul massimo edittale¹⁵. Tale previsione è foriera di evidenti discriminazioni, rendendo inapplicabile l'esimente a fattispecie punite con un massimo edittale

⁹ Sul punto, A. GULLO, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 17, con ulteriori riferimenti.

¹⁰ Cfr. T. PADOVANI, *Un intento deflattivo*, cit., 20-21.

¹¹ Ad esempio, furto di cosa di tenue valore, ma non occasionale, oppure realizzato con modalità d'azione tali da opporsi alla concessione dell'esimente etc.

¹² Asserendo, ad esempio, che il furto rientra pienamente nell'art. 131-bis c.p., e tuttavia il valore della cosa sottratta non è "così tenue" da meritare l'impunità ma solo l'attenuazione della pena.

¹³ In questo senso potrebbe (forse) essere sbrogliata la trama, oggettivamente involuta, dei rapporti tra false comunicazioni sociali attenuate per lieve entità del fatto (art. 2621-bis c.c.) e false comunicazioni non punibili per particolare tenuità del fatto (art. 2621-ter c.c.).

¹⁴ Tra le pronunce più recenti, Cass. pen., sez. II, 21 ottobre 2015, n. 45209; sez. II, 6 dicembre 2013, n. 51818, in *DeJure*.

¹⁵ T. PADOVANI, *Un intento deflattivo*, cit. 20. La critica è condivisa e arricchita con argomenti comparatistici da K. JARVERS, *Die „Entkriminalisierung“ von Bagatelldelikten in Italien*, in *ZStW*, 2016, 569.

superiore ai cinque anni, anche laddove il minimo edittale sia esiguo o finanche inferiore a fattispecie, cui invece la stessa esimente risulta applicabile *quoad poenam*.

La critica è ineccepibile; la sua trasposizione in una questione di costituzionalità è però costretta *in primis* a misurarsi con i limiti operativi del sindacato di ragionevolezza, scandito, di regola, dalla nota conformazione triadica: diviene per tanto necessario individuare una norma che funga da pietra di paragone con la norma impugnata (*tertium comparationis*), in virtù di una supposta omogeneità¹⁶.

Il giudice *a quo* aveva indicato, quale punto di riferimento per la comparazione, una serie di fattispecie (il cui elenco sembra per altro solo esemplificativo), alle quali la causa di non punibilità risulta astrattamente applicabile *quoad poenam*. Trattandosi di fattispecie, a detta dello stesso giudice, «di sicuro maggiore allarme sociale rispetto alla ipotesi attenuata della ricettazione ex art. 648 comma 2 del codice penale», ne risulterebbe una disparità di trattamento «nell'applicazione pratica della nuova causa di non punibilità» per i cittadini accusati di quest'ultimo reato, ai quali il giudice mai potrebbe applicare l'esimente, anche quando sussistano in concreto i requisiti della tenuità del fatto¹⁷.

La Corte costituzionale ritiene infondata siffatta censura in base, essenzialmente, a due argomenti.

In primo luogo, il giudice rimettente non ha esattamente individuato il *tertium comparationis*: l'elenco di reati descritto nell'ordinanza contiene una serie di ipotesi eterogenee, anche dal punto di vista teleologico, incomparabili con la ricettazione. Anzi: proprio la presenza di questo vasto e variegato elenco di fattispecie, neppure tra di loro comparabili, è prova dell'omessa individuazione di un idoneo *tertium comparationis*.

In secondo luogo, l'inclusione di un limite massimo di pena tra i requisiti della non punibilità non è in sé irragionevole; è al contrario confacente alle scelte che il legislatore penale effettua nel formulare le ipotesi che derogano alla regola generale della punibilità: materia nella quale il riferimento a limiti edittali, oltre che usuale, «è frutto di un apprezzamento che spetta al legislatore».

Pur rigettando la questione, la Corte non risparmia alcune critiche al legislatore.

La sentenza coglie anzitutto un profilo critico inerente al rapporto quantitativo tra pena base prevista per la ricettazione e pena prevista per la ricettazione di particolare tenuità: «di una comminatoria per la ricettazione di particolare tenuità, che va (con riguardo alla pena detentiva) da un minimo di quindici giorni fino ad un massimo di sei anni di reclusione, non può non rilevarsi l'anomalia, tenuto conto dell'estensione dell'intervallo (sentenza n. 299 del 1992) e dell'ampia sovrapposizione con la cornice edittale della fattispecie non attenuata (punita con una pena che va da un minimo di due anni a un massimo di otto anni di reclusione). È da aggiungere che mentre il massimo di sei anni, rispetto agli otto della fattispecie non attenuata, costituisce una diminuzione particolarmente contenuta (meno di un terzo), al contrario il minimo di quindici giorni, rispetto ai due anni della fattispecie non attenuata, costituisce una diminuzione enorme.».

Siffatta "anomalia" è accentuata proprio dai rapporti con l'131-bis c.p. Infatti, rileva la Corte, se la previsione di un limite massimo di pena da parte di quest'ultima disposizione è esente da censure, il suo omissivo riferimento ad un minimo di pena, al di sotto del quale l'esimente dovrebbe essere comunque applicabile (a prescindere dal limite massimo), costituisce un ulteriore aspetto problematico della disciplina. Secondo la pronuncia in commento, questa lacuna andrebbe però colmata dal legislatore, dal momento che l'introduzione di un riferimento al minimo edittale nel contesto della nuova esimente esorbiterebbe dalle prerogative della Corte costituzionale.

È lecito chiedersi se le perplessità sollevate dalla Corte possano costituire il punto di partenza per future questioni, capaci di portare – sempre che il legislatore nel frattempo non raccolga l'invito della Corte – ad una futura declaratoria di incostituzionalità. A tale interrogativo proviamo a rispondere, esaminando partitamente i due argomenti opposti dalla sentenza in commento al giudice rimettente: l'assenza di un idoneo *tertium comparationis* nella questione proposta dal giudice di Nola (*infra* § 4); la ragionevolezza di un limite massimo di pena entro il quale l'esimente è attualmente applicabile (§ 5).

¹⁶ In generale, sulla struttura del giudizio di ragionevolezza, G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012, 49 ss.

¹⁷ Trib. di Nola, ord. 88/2014 cit.

4. Una possibile riformulazione della questione.

In riscontro al primo argomento sviluppato dalla Corte, va compiuto un tentativo di rimodulazione dei termini rispetto ai quali impostare il giudizio di ragionevolezza di tipo triadico. È risaputo, infatti, che la Corte non ha margine per cambiare il termine di paragone sottoposte dal remittente; nondimeno, una declaratoria d'inammissibilità può contenere implicite suggerimenti per una "correzione" di future eccezioni¹⁸. Un tentativo di riformulazione impone un'esigenza di chiarificazione rispetto: a) alla natura della norma scelta per la comparazione; b) alla natura della norma impugnata, ovvero della causa di non punibilità.

4.1. Individuazione del *tertium comparationis*.

Nella presente vicenda, è possibile convenire con la Corte circa l'assenza di univocità del *tertium comparationis* e l'incomparabilità stessa delle ipotesi messe a confronto dal giudice rimettente¹⁹: invero, dalla lettura dell'ordinanza di rimessione parrebbe che il termine di paragone, onde valutare se sussista disparità di trattamento tra casi simili, non sia un'unica norma (o disposizione), ma la serie di norme nascenti dal combinato disposto dell'art. 131-bis c.p. e le disposizioni incriminatrici alle quali l'esimente è applicabile, selezionate dal giudice rimettente secondo un asserito criterio di eguale o maggiore "allarme sociale" rispetto alla ricettazione.

Si tratta, in effetti, di un parametro di dubbia univocità, in ragione sia della pluralità di disposizioni e norme richiamate, sia del criterio che dovrebbe orientare il confronto, ossia l'"allarme sociale" suscitato dai reati elencati, che appare indeterminato o comunque soggetto a valutazioni discrezionali insindacabili. Si potrebbe anzi replicare che, proprio in quanto punite con un massimo edittale inferiore alla pena massima prevista per la ricettazione di particolare tenuità, quelle fattispecie non destano affatto maggiore allarme sociale.

Restando nell'ambito del giudizio triadico di ragionevolezza, si potrebbe (tentare di) porre rimedio a tali difetti, mettendo a confronto la ricettazione soltanto con altri reati lesivi del medesimo bene giuridico, ai quali sia applicabile l'art. 131-bis c.p., puniti con un *minimo edittale* superiore alla ricettazione di particolare tenuità. Ciò in virtù di due dati: per un verso, nei giudizi di costituzionalità, l'omogeneità dei beni giuridici è considerata un fattore legittimante una comparazione tra più norme incriminatrici²⁰; per altro verso, il minimo edittale, in quanto «disvalore necessariamente riconosciuto all'offesa»²¹, contribuisce in maniera determinante ad ordinare più fattispecie in una scala di maggiore o minore gravità in concreto.

Si pensi ad un confronto tra ricettazione e truffa nei rispettivi rapporti con la tenuità del fatto (confronto cui per altro accenna la stessa sentenza in commento): anche se la pena massima prevista per la ricettazione di particolare tenuità (6 anni, ex art. 648 comma 2°) è pari al doppio della pena massima prevista per la truffa (pena base di 3 anni), il minimo edittale della ricettazione tenue (15 giorni) è considerevolmente inferiore a quello della truffa (6 mesi).

L'ordinamento contempla quindi la possibilità che una ricettazione costituisca in concreto un'offesa al patrimonio più tenue di una truffa. In mancanza di elementi che denotino un maggior disvalore della condotta di ricettazione, pare difficile intravedere una plausibile ragione per cui un'esigua lesione del medesimo bene debba essere sottratta *a priori* all'art. 131-bis c.p. In sostanza, se si restringe la comparazione a norme incriminatrici a tutela del medesimo bene giuridico (nel nostro caso il patrimonio), non manifestamente disomogenee quanto a disvalore di condotta e di risultato, e si fa leva sui rispettivi minimi edittali, la questione di costituzionalità (ex art. 3 Cost.) non appare più così generica.

¹⁸ V. i rapporti tra Cort. cost., ordinanza 240/2011 e sentenza n. 68/2012 sull'art. 630 c.p., con il commento (critico) di S. SEMINARA, *Il sequestro di persona a scopo di estorsione tra paradigma normativo, cornice di pena e lieve entità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2012, 2393 ss. Sul ruolo di "co-protagonista" del giudice ordinario nei giudizi di costituzionalità, proprio in ragione dell'impossibilità di modificare il *petitum* – ed il *tertium comparationis* – da parte della Corte cost., v. V. MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *questa Rivista.*, n. 1/2012, 107-108.

¹⁹ Sulla univocità del *tertium comparationis* e comparabilità tra norme, come requisiti del giudizio di ragionevolezza, si veda G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, cit. 54 ss.

²⁰ Cfr. Corte cost. sent. n. 236/2016, su cui torneremo.

²¹ T. PADOVANI, *Un intento deflattivo*, cit. 20.

4.2.

Fondamento della non punibilità per particolare tenuità del fatto.

Resta ancora irrisolto, però, il nodo del rimedio mediante cui sanare un vizio di costituzionalità di questo tipo.

L'ordinanza di remissione chiedeva un rimedio limitato ai soli rapporti tra art. 131-bis e 648, comma 2° c.p., consistente, essenzialmente, in un intervento manipolativo che, pur lasciando intatto il testo dell'art. 131-bis c.p., sancisse l'inapplicabilità del limite massimo dei cinque anni solo nei confronti di una specifica ipotesi di reato, in ragione delle sperequazioni di cui s'è detto²².

In dottrina²³, è stato acutamente rilevato come la soluzione richiesta sarebbe stata supportata da un parallelo con la giurisprudenza costituzionale in tema di bilanciamento di circostanze: materia, quest'ultima, nella quale la Corte costituzionale, a più riprese, non ha esitato a censurare, per violazione dei principi di eguaglianza, offensività e proporzionalità, il divieto di prevalenza di circostanze attenuanti incentrate sulla levità del fatto (tra cui lo stesso art. 648 comma 2° c.p.) sulla recidiva ex art. 99 comma 4° c.p., pur lasciando formalmente intatta la disposizione di parte generale che regola il bilanciamento (art. 69, comma 4° c.p.)²⁴.

Come però dimostra la lettura di questa giurisprudenza, nei casi concernenti il bilanciamento di circostanze emerge chiaramente il rapporto tra la regola, che impone di adeguare la sanzione anzitutto alla gravità oggettiva del fatto, e di cui il regime ordinario di imputazione delle circostanze attinenti alla tenuità costituisce applicazione, e l'eccezione, giudicata illegittima, consistente nel dover sempre considerare soccombente siffatte circostanze rispetto ad un istituto incentrato sulla personalità e pericolosità dell'autore, qual è la recidiva ex art. 99, comma 4° c.p.

Quando si giudica una causa di non punibilità, invece, bisogna fare i conti con un ostacolo di tipo tecnico, in cui è destinato ad imbattersi il controllo di costituzionalità. Nel giudizio di ragionevolezza di tipo triadico, la norma impugnata deve essere speciale, eccezionale o derogatoria rispetto alla norma assunta quale punto di riferimento della comparazione, che invece è una norma generale (o tutt'al più altra norma eccezionale o derogatoria)²⁵. Lo stesso giudizio non è ammesso, qualora si invertano questi termini: ovvero se la norma impugnata è regola generale e il *tertium comparationis* ne rappresenta una deroga.

Le cause di non punibilità sono facilmente classificabili come norme eccezionali²⁶, il che giustifica, sul piano tecnico, l'estrema cautela – che in realtà è dettata anche da ragioni di opportunità *lato sensu* politica – con cui la Corte costituzionale si muove nei loro confronti.

Nel caso che ci occupa, il rapporto tra “regola” ed “eccezione” è di problematica ricostruzione, posto che, se da un lato l'art. 131-bis c.p. è una norma di parte generale astrattamente applicabile a tutti i reati compresi nel limite dei cinque anni, dall'altro lato, quale causa di non punibilità, costituisce un'eccezione alla punibilità: è quanto ritiene la stessa sentenza in commento, quando evidenzia il carattere di “deroga” alla punibilità dell'art. 131-bis c.p. In tal modo, la norma che considera la ricettazione di particolare tenuità sempre punibile, anche se in maniera attenuata, non può essere vista univocamente come “deroga” (eventualmente irragionevole) ad una “generale” non punibilità del fatto tenue, in quanto proprio la non punibilità del fatto tenue può essere vista, a sua volta, come un'eccezione alla regola della punibilità di ogni fatto di reato.

Per superare quest'*impasse*, va chiarito, in breve, qual è la collocazione sistematica della non punibilità dovuta alla particolare tenuità del fatto²⁷.

Anzitutto, va premesso che non sempre la non punibilità costituisce una “eccezione”, non

²² V. la lettura suggerita da S. SANTINI, *L'articolo 131-bis c.p.*, cit., 6-7.

²³ V. ancora S. SANTINI, *L'articolo 131-bis c.p.*, cit., 7.

²⁴ Corte cost. sent. n. 105/2014, che dichiara incostituzionale l'art. 69 co. 4° c.p., nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 648, co. 2° c.p. sulla recidiva ex art. 99 co. 4° c.p.; Corte cost., sent. n. 106/2014, che dichiara incostituzionale l'art. 69 co. 4° c.p., nella parte in cui vieta la prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 609-bis, co. 3° c.p. sulla recidiva ex art. 99 co. 4° c.p.; v. anche Corte cost., sent. n. 251/2012, sull'incostituzionalità sempre dell'art. 69 co. 4° c.p. in relazione all'art. 73 co. 5° d.p.r. 309/1990 e la recentissima sent. n. 205/2017, sull'incostituzionalità del divieto di prevalenza dell'attenuante prevista per alcuni reati fallimentari dall'art. 219 co. 3° r.d. 267/1942 sulla recidiva ex art. 99 co. 4° c.p.

²⁵ Su questi aspetti, in generale, G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, cit., 55-56, con ampi richiami alla giurisprudenza costituzionale.

²⁶ Cfr. G. VASSALLI, voce *Cause di non punibilità*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Milano, 1960, 623.

²⁷ In argomento, fondamentale l'indagine di C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor. Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985. Alla luce dell'introduzione dell'art. 131-bis c.p., v. P. POMANTI, *La esiguità, da criterio di selezione della “tipicità bagatellare” ad indice di selezione della punibilità*, Pisa, 2017, 11 ss.

solo in senso statistico, ma nel senso che il grado di “eccezionalità” va misurato in ragione dell'effettivo distacco dai principi penalistici²⁸.

Ora, dal punto di vista dogmatico, la non punibilità prevista dall'art. 131-bis c.p. non deriva dalla mancanza di qualche elemento strutturale del reato, onde l'esatta qualificazione dell'istituto in termini di “causa di non punibilità” (salvo, evidentemente, considerare la punibilità un elemento del reato)²⁹. Al tempo stesso, però, la tenuità è un attributo inerente ad elementi strutturali del reato, alla loro graduabilità, sì che la non punibilità in ragione della tenuità del fatto deriva dal modo in cui quegli elementi si atteggiavano nel caso concreto, manifestando una lieve entità dell'offesa, e non da ragioni meramente pragmatiche, in particolare da esigenze deflattive³⁰.

In tal modo, la non punibilità del fatto tenue diviene espressione di un principio costituzionale, distinto dall'offensività (anche se a questa funzionalmente connesso), ossia del principio di proporzionalità (e di *ultima ratio*)³¹: il fatto conforme ai requisiti previsti dall'art. 131-bis c.p., pur essendo tipico, dunque offensivo, non è punibile, perché qualunque pena risulterebbe sproporzionata, innecessaria e finanche dannosa, né in ultimo sorretta da alcuna esigenza rieducativa.

Può discutersi, al riguardo, se la “quantificazione” dell'offesa debba essere effettuata dal giudice tenendo conto delle funzioni della pena, oppure se la tenuità debba affiorare come caratteristica in sé degli elementi del fatto. Una teoria del reato inclusiva del teleologismo della pena farebbe propendere per la prima soluzione³². Ma la seconda soluzione è preferibile, nella misura in cui scongiura il rischio (e il paradosso) di una valutazione della tenuità coincidente con un giudizio anticipato di commisurazione di una pena che non dovrà essere applicata³³.

La “sproporzione”, di cui la tenuità del fatto è indice, dovrebbe risultare da un raffronto tra entità dell'offesa in concreto prodotta e della pena minima applicabile; su tale raffronto non dovrebbero pesare esigenze di prevenzione generale, non considerate dall'art. 131-bis; mentre le ragioni di prevenzione speciale dovrebbero rilevare nei limiti in cui la disposizione le considera fattori ostativi alla concessione dell'esimente, i quali non mutano il dato ontologico di un “fatto” oggettivamente tenue.

Ai fini del presente scritto, comunque, preme evidenziare come la non punibilità dovuta alla tenuità del fatto (ogni volta, s'intende, che il fatto presenti i requisiti previsti dall'art. 131-bis c.p., in specie l'esiguo disvalore della condotta e dell'evento) non è una “deroga” al sistema,

²⁸ Cfr. A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998, 27 ss.

²⁹ Sulla natura di autentica causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto, v. le riflessioni di G. AMARELLI, *Particolare tenuità del fatto e offensività: similitudini apparenti e differenze sostanziali*, in *Scritti in onore di S. Moccia*, Napoli, 2017, 396 ss. Tale conclusione è in sintonia con la classica ricostruzione della categoria compiuta da G. VASSALLI, *Cause di non punibilità*, cit., 618-619. Per una complessiva riflessione sul tema della “punibilità”, aggiornata all'introduzione dell'art. 131-bis c.p., G. DE FRANCESCO, *Punibilità*, Torino, 2016.

³⁰ Tant'è che la causa di non punibilità non deve per forza intervenire prima dell'apertura del processo e può essere riconosciuta anche nei gradi successivi di giudizio. Sul punto, G. DE FRANCESCO, *Punibilità*, cit., 49 ss. Si tenga presente che, proprio in ragione della sua essenza di “principio” e dell'incidenza su elementi strutturali del reato, parte della dottrina ha concepito la tenuità del fatto come fattore di esclusione della tipicità e non della sola punibilità (v. H. OSTENDORF, *Das Geringfügigkeitsprinzip als strafrechtliche Auslegungsregel*, in *GA*, 1982, 333 ss.). Del resto, la natura della causa di non punibilità in oggetto è alla base di una peculiare soluzione in tema di errore, suggerita da C.F. GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 518.

³¹ Così la *Relazione* allegata all'Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare – 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. Anche le Sezioni unite (Cass., Sez. Un. 25 febbraio 2016, n. 13681, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2375 ss., richiamate dalla Corte cost. nella sentenza in commento), hanno riconosciuto nel principio di proporzionalità il fondamento costituzionale dell'esimente in questione, evidenziando il diverso piano funzionale della tenuità, corrispondente ad una manifestazione in concreto di ridotta lesività del reato, rispetto alla inoffensività, che invece ne esclude la tipicità (art. 49 c.p.). La sentenza in commento enfatizza, anzi, questa dicotomia, giudicando irrilevante la questione sotto il profilo del principio di offensività. Al riguardo, tuttavia, va detto che la corretta distinzione tra di due principi (proporzionalità e offensività) non dovrebbe offuscare la loro necessaria interazione, realmente produttiva di un adeguato controllo di costituzionalità: «È l'offensività (il livello di offensività) a qualificare la proporzione, agganciandola a un criterio obiettivo, rilevante entro il sistema. È il combinato disposto fra i principi di offensività e di proporzione, il criterio d'invalidità di norme (o di applicazioni giurisprudenziali) stravolgenti il sistema» (D. PULITANO, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *questa Rivista*, n. 2/2017, 50). In generale, sul rilievo del principio di proporzionalità in diritto penale, si veda la recente indagine di A. MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1427 ss.; sul principio di *ultima ratio* (e le sue implicazioni nella previsione di una clausola di tenuità del fatto), G.P. DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1654 ss.

³² Cfr. G. DE FRANCESCO, *Punibilità*, cit., 59 ss., a cui si rinvia per una posizione diversa da quella sostenuta nel testo.

³³ Si tenga presente che l'art. 131-bis c.p. richiama solo il primo comma dell'art. 133 c.p. e che, nell'economia della disposizione, tale richiamo è finalizzato alla valutazione della tenuità dell'offesa. Sulla distinzione tra giudizio di esiguità in funzione dell'illecito bagatellare e giudizio di esiguità in funzione della commisurazione, v. K.-L. KUNZ, *Das strafrechtliche Bagatellprinzip. Eine strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Untersuchung*, Berlin, 1984, 198 ss. Il primo momento – scandito dal disvalore d'azione e d'evento – ha prevalenza logica e sbarra la strada ad un giudizio del secondo tipo, il quale, se pure negativo, non dovrebbe imporsi sul riscontro della esiguità a livello di illecito, pena la prevalenza di un diritto penale dell'autore.

ma, all'opposto, una direttiva del sistema. Per converso, la persistente punibilità, sia pure in forma attenuata, di fatti strutturalmente identici, considerati lievi in base ad altre norme (circo-
stanze), ma sottratti *ex ante* alla sfera applicativa dell'esimente, necessita di una ragionevole
spiegazione (per esempio il rango del bene giuridico considerato, di cui è indice il livello gene-
ralmente elevato delle pene previste a sua tutela)³⁴. Di tale spiegazione si resta tuttora debitori
innanzi al regime della ricettazione di particolare tenuità.

Concludendo sul punto, nell'ottica del giudizio triadico di ragionevolezza, una declaratoria
di incostituzionalità dell'art. 131-bis c.p., nella parte in cui risulta inapplicabile alla ricetta-
zione tenue, diverrebbe plausibile nella misura in cui la Corte fosse disposta a ritrattare il
carattere "derogatorio" della disposizione, ovvero a considerare quest'ultima non quale mera
eccezione alla punibilità, dettata da ragioni di opportunità politica, bensì come espressione di
principi costituzionali (di proporzionalità e di *ultima ratio*, funzionalmente connessi all'offen-
sività e alla finalità rieducativa della pena) da anteporre, a determinate condizioni, all'effettiva
punizione del fatto. Tale strada diverrebbe percorribile dando adeguato risalto al nesso tra non
punibilità e principio costituzionale di proporzionalità.

5.

Il limite massimo di pena come motivo d'irragionevolezza intrinseca della norma.

Valorizzando questo nesso, ci si potrebbe però spingere oltre, sino a mettere in discussione
la legittimità costituzionale del limite di pena fissato dall'art. 131-bis c.p., non solo in relazio-
ne alla ricettazione tenue, ma come presupposto generale di una clausola di particolare tenuità
del fatto.

A tal fine, bisogna controbattere all'altro argomento addotto dalla sentenza in commento,
secondo cui il limite massimo di pena posto all'operatività dell'esimente non sarebbe in sé
irragionevole, bensì rientrante nella discrezionalità legislativa che orienta, legittimamente, le
scelte di allocazione della (non) punibilità. Se davvero l'istituto introdotto dall'art. 131-bis
c.p. intende dare attuazione al principio di proporzionalità, questa conclusione merita quanto
meno una più approfondita riflessione.

Un esame dei possibili profili di incostituzionalità della causa di non punibilità, in tale otti-
ca, non può non tener conto dei recenti progressi compiuti dalla giurisprudenza costituzionale
proprio sul principio di proporzionalità e le annesse possibilità di superare il giudizio triadico
di ragionevolezza in favore di un giudizio diadico di "ragionevolezza intrinseca" delle norme
(anche) penali³⁵.

Non è possibile, in questo scritto, analizzare le analogie e le differenze, di ordine sia teorico
che pratico, tra principio di ragionevolezza e principio di proporzionalità nella dottrina e nella
giurisprudenza costituzionali³⁶. Basti dire che, in ambito penalistico, la proporzionalità sta
guadagnando un proprio spazio applicativo, nel quale ricadono in particolare i giudizi concer-
nenti l'entità (la "proporzione") delle sanzioni rispetto all'effettivo disvalore del fatto incrimi-
nato³⁷. Si tratta notoriamente di un profilo problematico del controllo di costituzionalità sulle
norme penali: un sindacato di ragionevolezza intrinseca fatica ad affermarsi pienamente³⁸,

³⁴ Si pensi al caso dell'art. 311 c.p.

³⁵ Da raccogliere gli spunti di S. SANTINI, *L'art. 131-bis c.p.*, cit., 4 ss.; EAD., *Mancata estensione*, cit. Sui diversi schemi, entro i quali il controllo di ragionevolezza può essere inquadrato, con particolare riferimento al sindacato di costituzionalità di norme penali, ma con ampi riferimenti alla dottrina costituzionalistica, si veda N. RECCHIA, *Le declinazioni della ragionevolezza penale nelle recenti decisioni della Corte costituzionale*, in *questa Rivista*, n. 2/2015, 55 ss.

³⁶ In argomento, in generale, M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, 2013, leggibile all'indirizzo http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_Roma2013.pdf. Tra i penalisti, V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 757 ss.; G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, cit., 42 ss.; A. MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità*, cit., 1439 ss.

³⁷ In argomento, S. CORBETTA, *La cornice editale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 134 ss., il quale, a seguito di un'analisi della giurisprudenza della Corte cost., rilevava due tipi di censure: il trattamento eguale di fattispecie di diversa gravità; la previsione di una sanzione più grave rispetto ad una mite comminata per un reato ritenuto astrattamente più grave. Tra i precedenti più importanti e noti, Corte cost. sent. 341/1994, sulla quale v. i commenti di F. CURI, *L'attività "parelegislativa" della Corte costituzionale in ambito penale: cambia la pena dell'oltraggio a pubblico ufficiale*, in *Giust. cost.*, 1995, 1091 ss., e di P. MAZZI, *Minimo editale della pena per il delitto di oltraggio e principio di proporzionalità*, *ivi*, 1101 ss.. In generale, sul tema, G. INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. I, 4ª ed., Torino, 2012, 421 ss.; per una recente revisione complessiva, D. PULITANÒ, *La misura delle pene*, cit., 48 ss.

³⁸ Sul punto, cfr. N. RECCHIA, *Le declinazioni della ragionevolezza penale*, cit., 67 ss.

mentre il più usuale schema triadico è soggetto ad un opinabile utilizzo, rivelandosi spesso «fattore di incertezza più che di rigore nel giudizio»³⁹.

La sentenza n. 236 del 2016, con la quale è stata dichiarata incostituzionale la pena prevista per il reato di alterazione di stato ai sensi dell'art. 567, comma 2° c.p., ha di certo contribuito in modo apprezzabile ad una piena costituzionalizzazione del principio di proporzionalità (ancorato, per altro, al diritto dell'Unione Europea), schiudendo nuove prospettive sul controllo costituzionale delle cornici edittali⁴⁰.

Permangono, tuttavia, caratteristiche connaturate a questo tipo di giudizio.

In linea di principio, la sentenza n. 236 del 2016 si distacca dallo schema argomentativo fondato sul *tertium comparationis*, in favore di un controllo di ragionevolezza intrinseca della norma penale, desumendo il vizio di costituzionalità della norma impugnata da un confronto interno a quest'ultima, avente, quali punti di riferimento, qualità e quantità della sanzione, da un lato, e gravità del reato per il quale essa è prevista, dall'altro⁴¹. Stando a tale premessa, la sproporzione tra sanzione e gravità del fatto costituisce di per sé una violazione del principio di proporzione, a prescindere da un confronto con altre norme, dal momento che l'eccesso sanzionatorio non è necessario, perciò è irragionevole (art. 3 Cost.), ed è percepito dal condannato come un'ingiustizia incompatibile con la finalità rieducativa della pena (art. 27, comma 3° Cost.).

D'altro canto, un'ineffettiva revisione della comminatoria edittale richiede pur sempre un raffronto con una norma diversa da quella censurata⁴². Nel caso del reato di alterazione di stato, questo punto di riferimento è stato offerto dal primo comma dell'art. 567 c.p., sulla base del quale la Corte ha rideterminato la pena per il reato previsto dal comma secondo dello stesso articolo, contenente la norma impugnata. È probabile che, se non avesse avuto a disposizione questo parametro esterno, la Corte si sarebbe astenuta da una revisione della comminatoria prevista dal secondo comma⁴³.

In sintesi, nel giudizio di ragionevolezza intrinseca, il *tertium comparationis* non è necessario per appurare il vizio di incostituzionalità, ma per porvi rimedio. Sì che l'assenza di una norma di comparazione, o la sua omessa indicazione da parte del rimettente, compromette comunque l'accoglimento della questione di costituzionalità.

Se provassimo a trasporre queste indicazioni al caso che ci occupa, dovremmo anzitutto costatare che, allo stato, non promette sviluppi l'anomalia interna all'art. 648 c.p., ravvisata dalla stessa Corte costituzionale nella ridotta differenza tra massimi edittali previsti, rispettivamente, per la ricettazione semplice e per la ricettazione di particolare tenuità.

Vero è che, nel caso dell'alterazione di stato, quantomeno nella prospettazione del rimettente (richiamata ma, sul punto, non approfondita dalla Corte), la sproporzione della pena emergeva non solo dal un raffronto tra disvalore del reato e comminatoria edittale, ma anche dalla considerazione dell'effetto preclusivo del minimo edittale, originariamente previsto dall'art. 567, comma 2° c.p., nei confronti della sospensione condizionale. Qui si aprirebbe un vasto scenario: se la proporzione riguarda la pena in ogni sua fase, le comminatorie edittali dovrebbero essere fissate (o corrette), tenendo conto anche della possibilità di accedere ai vari benefici. Dovremmo però supporre che le comminatorie siano il frutto di un calcolo legislativo razionale, basato solo sulla proporzione tra fatto e sanzione: cosa che, per molteplici ragioni, contingenti e immanenti, non è; ed anzi è plausibile che le cornici di pena siano talvolta ele-

³⁹ Così F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 376-377, il quale, pur osservando come un momento comparativo sia irrinunciabile nel giudizio di proporzionalità, data l'incommensurabilità delle grandezze poste a confronto (gravità del reato/pena), ritiene che esso esponga il giudizio ad un rischio di asfittico riferimento endo-ordinamentale, che potrebbe rivelarsi improduttivo di innovazioni, soprattutto se le scelte di fondo di quell'ordinamento sono originariamente di tipo autoritario; inoltre, l'A. reputa il *tertium comparationis* un fattore che accresce l'aleatorietà del giudizio, perché l'accoglimento della questione finisce per dipendere dal modo in cui il giudice rimettente ha individuato la norma di confronto (*ibidem* p. 374 ss.).

⁴⁰ Per un commento, F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della consulta sulla proporzionalità della pena*, in *questa Rivista*, n. 2/2017, 61 ss.; E. DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1956 ss.

⁴¹ È l'importante novità messa in luce da F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia*, cit., 61 ss.

⁴² Cfr. Corte cost. sent. n. 236/2016 cit.: «Per non sovrapporre la propria discrezionalità a quella del Parlamento rappresentativo, finendo per esercitare un inammissibile potere di scelta (sentenza n. 22 del 2007) in materia sanzionatoria penale, la valutazione di questa Corte deve essere condotta attraverso precisi punti di riferimento, già rinvenibili nel sistema legislativo. Anche nel giudizio di "ragionevolezza intrinseca" di un trattamento sanzionatorio penale, incentrato sul principio di proporzionalità, è infatti essenziale l'individuazione di soluzioni già esistenti, idonee a eliminare o ridurre la manifesta irragionevolezza lamentata (sentenza n. 23 del 2016)».

⁴³ Cfr. D. PULITANÒ, *La misura delle pene*, cit., 53.

vate *proprio per evitare* l'accesso a determinati benefici⁴⁴.

In ogni caso, lo spunto offerto dalla sentenza sull'art. 567 c.p. muove da un punto di vista essenzialmente incentrato sul minimo edittale: lo stesso argomento non potrebbe adattarsi ai rapporti tra ricettazione e art. 131-bis c.p., in quanto una dosimetria sanzionatoria adeguata alla concreta portata offensiva del fatto, nel caso della ricettazione, è comunque assicurata dalla drastica diminuzione del minimo edittale, prevista nell'ipotesi di particolare tenuità⁴⁵. Il che impedirebbe un'eccezione di incostituzionalità avente ad oggetto l'art. 648 c.p., volta a chiedere un intervento correttivo delle cornici edittali previste per la fattispecie attenuata, ed in specie un abbassamento del massimo edittale.

L'iniquità del trattamento sanzionatorio della ricettazione tenue si palesa solo a seguito dell'introduzione nel sistema dell'art. 131-bis c.p. e dal riferimento compiuto da quest'ultima disposizione al massimo edittale⁴⁶. Un profilo di incostituzionalità può emergere dalla disparità di trattamento rispetto a casi simili, secondo quanto visto nel precedente paragrafo, ma potrebbe anche essere inquadrato in una questione di ragionevolezza intrinseca della disposizione di parte generale⁴⁷.

Questa seconda prospettiva si delinea, non appena si osservi che il riferimento al solo limite massimo di pena non consente all'art. 131-bis c.p. di assolvere appieno la propria funzione, di rilievo costituzionale, consistente, come visto in precedenza, nell'evitare l'irrogazione di una pena che, per quanto corrispondente al minimo, risulti sproporzionata alla *concreta* gravità del fatto. E la misura della concreta gravità è segnalata dal minimo di pena comminato dalla legge, non dal massimo, che invece indica la gravità del tipo di reato⁴⁸. Ne segue che la sperequazione generata dall'applicazione della norma, nella sua veste attuale, non costituisce l'unico vizio censurabile, ma è piuttosto il sintomo di una distorsione strutturale: una disfunzione applicativa di natura sistemica della clausola di tenuità, generata da un improprio riferimento al massimo edittale⁴⁹.

In altri termini, la scelta legislativa di ancorare la tenuità al massimo edittale, incurante della diversa funzione dei limiti edittali, finisce con l'essere intrinsecamente irragionevole, perché si avvale di un criterio inadeguato alla selezione dei fatti particolarmente tenui, e col violare il principio di proporzionalità (non solo d'eguaglianza) rispetto a quei fatti puniti con un minimo edittale prossimo o coincidente col minimo generale stabilito dal codice penale (come nel caso della ricettazione di particolare tenuità), ma per i quali la non punibilità è esclusa a causa della misura della pena massima comminata.

L'esito di un tale ragionamento dovrebbe essere la rimozione del limite massimo di pena dal disposto dell'art. 131-bis c.p.

⁴⁴ Basta rileggere le pagine di T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 443 ss.

⁴⁵ La differenza di trattamento tra primo e secondo comma dell'art. 648 c.p., in ragione della diversa offensività dei fatti ivi incriminati, è difesa da Corte cost. sent. 105/2014, rispetto alla deroga al giudizio di bilanciamento prevista dall'art. 69, comma 4° c.p.

⁴⁶ S. SANTINI, *L'art. 131-bis c.p.*, cit., 5.

⁴⁷ È del resto lo stesso Tribunale di Nola a porre il tema di un vizio sistematico della clausola di tenuità (anche se poi, come visto antecedentemente, il rimettente limita il *petitum* alle sole disfunzioni determinatesi nei rapporti con la ricettazione attenuata). Si legge, infatti, nell'ordinanza di rimessione: «Ed invero, ancorare l'applicazione dell'art. 131-bis del codice penale, al criterio del limite massimo di pena, senza tener conto, in modo sistematico, dell'intero assetto sanzionatorio relativo alle varie, singole fattispecie di reato previste dal codice penale e dalle leggi speciali, equivale ad operare scelte legislative arbitrarie che determinano difficoltà e storture nell'applicazione pratica, nonché palesi violazioni di principi fondamentali fissati nella Carta costituzionale».

⁴⁸ «Assumere il massimo edittale come limite di applicabilità di istituti funzionali all'idea rieducativa, proietta sulla risposta a fatti collocabili (entro il tipo di reato) nella fascia bassa di gravità, un criterio pensato in ragione della fascia alta», scrive D. PULITANÒ, *La misura delle pene*, cit. 55, che da tale assunto fa discendere dubbi di costituzionalità concernenti sia la causa di non punibilità per la particolare tenuità del fatto che la sospensione del processo con messa alla prova.

⁴⁹ Come evidenziato da T. PADOVANI, *Un intento deflattivo*, cit. 20, «nella comminatoria edittale il minimo esprime la soglia di *indefettibilità* cui è ancorata la tutela, e quindi il disvalore necessariamente riconosciuto all'offesa; il massimo esprime, invece, il limite estremo della minaccia, la soglia oltre cui non può spingersi la reazione, quale che sia la gravità in concreto dell'offesa, e determina così (e al contempo circoscrive) l'ambito del rischio penale. Il minimo è perciò fissato a tutela dell'ordinamento; il massimo a tutela del reo». Alla luce di tali considerazioni, la nuova causa di non punibilità avrebbe dovuto puntare, più ragionevolmente, al vertice inferiore della forbice edittale: «(...) trattandosi di abbandonare la pena a fronte di una particolare tenuità del fatto, si [dovrebbe] aver riguardo non già alla massima gravità possibile, ma alla minima gravità necessaria: al minimo edittale, dunque.».

6.

Conclusioni.

Ricapitolando, la sentenza in commento offre alcuni spunti per la formulazione di eventuali nuove questioni, relative ai rapporti tra tenuità del fatto e limite di pena, diversamente impostate. Ciò potrebbe avvenire, anzitutto, sul piano del giudizio di ragionevolezza di tipo triadico, selezionando in maniera più precisa il *tertium comparationis* rispetto al trattamento riservato alla ricettazione di particolare tenuità, il cui risultato potrebbe essere l'incostituzionalità dell'art. 131-bis c.p. solo nella misura in cui non si applica all'art. 648 comma 2° c.p.

Si è poi cercato di dimostrare come sia pensabile anche un sindacato di ragionevolezza intrinseca dell'art. 131-bis c.p.: un tema che trascende il rapporto di questa norma con la ricettazione, per rivolgersi al nesso che lega – dovrebbe legare – scopo della clausola di tenuità e funzione delle cornici di pena.

Quest'ultima ipotesi è contraddetta dalla sentenza in commento. La quale, tuttavia, ritenendo il parametro del massimo di pena non irragionevole, nell'attesa di un intervento legislativo volto a contemperarlo con un riferimento al minimo edittale, pare più mostrare il problema che risolverlo: in realtà, la mancanza di un riferimento al minimo rivela proprio la distonia dell'attuale disciplina rispetto alle finalità di una clausola di tenuità del fatto.

Innanzitutto ad una questione di questo tipo, non può dirsi che la Corte sia del tutto impossibilitata ad intervenire: lo è rispetto all'introduzione di un ulteriore parametro applicativo, come essa stessa ammette, ma non lo sarebbe rispetto all'eliminazione di quello vigente. Una declaratoria di incostituzionalità dell'art. 131-bis c.p., solo nella parte in cui prevede un limite di pena, non richiederebbe il confronto con altre norme, al fine di individuare il correttivo, né lascerebbe inspiegabili vuoti di tutela o eccessivi ambiti di discrezionalità giudiziale (posto che l'art. 131-bis c.p. prevede determinati presupposti applicativi).

Certo, nell'immaginare un intervento simile, dovremmo figurarci una Corte disposta a superare, ad un tempo, le proprie remore verso il sindacato di ragionevolezza intrinseca delle norme penali e verso estensioni dei casi di non punibilità per effetto della propria giurisprudenza. Ma proprio il recente orientamento in tema di proporzionalità e cornici edittali, maturato a seguito di un precedente rigetto di analoga questione⁵⁰, rende non del tutto inane questo sforzo d'immaginazione.

⁵⁰ Corte cost. ord. n. 106/2007; v. E. DOLCINI, *Pene edittali*, cit., 1958 ss.

Garanzie costituzionali e convenzionali della materia penale: osmosi o autonomia?

Spunti di Riflessione a Margine di *Corte Cost.*, sent. 5 aprile 2017 (dep. 11 maggio 2017), n. 109, Pres. Grossi, Rel. Zanon

Constitutional and Conventional Guarantees “En Matière Penale”: Osmosi or Autonomy?

*Thoughts inspired by Corte Cost., Judgment 5th April 2017
(Deposit 11th May 2017), N. 109, President Grossi, Reporting Judge Zanon*

IRENE PELLIZZONE

*Ricercatrice in Diritto costituzionale presso il Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale dell'Università degli Studi di Milano
irene.pellizzone@unimi.it*

DEPENALIZZAZIONE, CRITERI ENGEL,
CONTROLLO DI COSTITUZIONALITÀ ACCENTRATO,
RISERVA DI LEGGE IN MATERIA PENALE

DECRIMINALIZATION, ENGEL CRITERIA,
CENTRALIZED CONSTITUTIONAL REVIEW OF LEGISLATION,
PRINCIPLE OF LEGALITY

ABSTRACT

Nella sentenza in esame la Corte esclude che l'art. 25, c. II, Cost., possa essere evocato come parametro di costituzionalità per questioni riguardanti norme di depenalizzazione che non rispettano, ai sensi dell'art. 7 CEDU, il principio di irretroattività in materia penale, rinvenendo invece nell'art. 117, primo comma, Cost., il parametro appropriato. Dopo l'analisi della sentenza, l'Autore mette in luce come la distinzione del campo di operatività dei due parametri sia tutt'altro che nominalistica, ma si radichi invece nella condivisibile valorizzazione dell'autonomia tra sistema delle garanzie costituzionali e convenzionali della materia penale. Infine si propone, in una sorta di riepilogo, un vademecum per la corretta costruzione delle questioni di costituzionalità da parte dei giudici remittenti.

This paper examines a recent judgment by the Italian Constitutional Court as to the extent of the principle of non-retroactivity of criminal laws, as applied to laws that de-criminalise previous criminal offences by transforming them into mere administrative offences. The author discusses, in particular, whether the normative framework of this whole discussion should be found in Article 25 (2) of the Italian Constitution or, rather, in Article 7 ECHR, to which Article 117 (1) of the Italian Constitution implicitly refers.

SOMMARIO

1. Introduzione: i piani di lettura della pronuncia. – 2. La questione di legittimità costituzionale. – 3. Autoqualificazione legislativa e riserva di legge: il ruolo dell'art. 25, secondo comma, Cost. – 4. Autoqualificazione legislativa, soggezione del giudice alla legge e obbligo di sollevare la questione di legittimità costituzionale. – 5. Considerazioni conclusive: qualche spunto per le autorità giurisdizionali remittenti.

1.

Introduzione: i piani di lettura della pronuncia.

La sentenza in commento pare meritevole di attenzione per due ordini di motivi, di natura processuale e sostanziale.

La parte più interessante della pronuncia riguarda l'esame della possibile violazione del principio costituzionale di irretroattività in materia penale: la Corte, infatti, non essendo stato evocato l'art. 117, primo comma, Cost., affronta interessanti interrogativi circa il possibile ruolo dell'art. 25, secondo comma, nelle questioni di costituzionalità sollevate in ragione della sospetta elusione delle garanzie previste a livello convenzionale per la materia definita penale sulla base dei criteri Engel, attraverso le c.d. "truffe delle etichette"¹.

Sul versante processuale, occorre segnalare che la Corte, mettendo in luce gli aspetti contraddittori del thema decidendum, che la conducono ad una pronuncia di inammissibilità, coglie l'occasione per offrire importanti indicazioni sulle corrette modalità con cui sollevare questioni di legittimità costituzionale vertenti sulla estensione delle garanzie convenzionali della materia penale a ipotesi di sanzioni non qualificate come penali dal legislatore italiano, consegnando ai giudici remittenti una sorta di vademecum cui fare riferimento².

Più precisamente, e come si vedrà meglio nel § 2, la pronuncia, a partire da un vizio logico nella motivazione dell'ordinanza di remissione, chiarisce come, quando si dubiti che, a causa della esclusione per via legislativa interna dalla materia penale di misure di fatto punitive siano state vanificate le garanzie previste a livello convenzionale dall'art. 6 o 7 CEDU³, occorra evocare come parametro l'art. 117, primo comma, Cost., lasciando tendenzialmente fuori dai giochi, invece, l'art. 25, secondo comma, Cost.

2.

A questo riguardo è bene evidenziare immediatamente che la sentenza, in coerenza con lo scopo di dare all'autorità giurisdizionale penale gli strumenti necessari per impostare correttamente il rinvio alla Corte di analoghe questioni di costituzionalità, non perde l'occasione per affermare con enfasi l'obbligo, che in realtà dovrebbe essere pacificamente riconosciuto a partire dalle sentenze nn. 348 e 349 del 2007, di rimettere al sindacato di costituzionalità la soluzione di dubbi di costituzionalità riguardanti norme interne in contrasto con la CEDU, una volta appurata l'impossibilità di una loro interpretazione in senso convenzionalmente conforme⁴.

In realtà, come si cercherà di dimostrare, la decisione non è affatto liquidabile come una

¹ Cfr. la sent. *Engel e altri c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976, serie A, n. 22, la cui evoluzione giurisprudenziale è peraltro, come noto, molto ricca e complessa; in tema tra i tanti v. F. MAZZACUVA, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1899 ss.; si v. inoltre V. MANES, *Art. 7*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di S. Bartole, P. De Sena e V. Zagrebelsky, Padova, 2012, 259 ss.; M. SCOLETTA, *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in C. E. Paliero - F. Viganò (a cura di), *Europa e diritto penale*, Milano, 2013, 273 ss.

² I casi in cui vengono poste simili questioni sono sempre più frequenti: solo tra la fine del 2016 e l'inizio del 2017 si contano 7 pronunce, compresa quella in commento: sentt. nn. 193, 276 del 2016, 2, 43 e 69 del 2017.

³ In questo senso v. N. ZANON, *Matière pénale e principio di legalità nella giurisprudenza costituzionale*, in I. Pellizzone (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Milano, 2017, 85 ss.

⁴ V., all'interno del punto 3.1. del considerato in diritto, il passaggio in cui si afferma che in presenza di una legislazione interna di contenuto contrario alla CEDU il giudice comune, "verificata l'impraticabilità di una interpretazione in senso convenzionalmente conforme [...] deve sollevare questione di legittimità costituzionale della norma interna, per violazione di tale parametro costituzionale (ex plurimis, sentenze n. 150 del 2015, n. 264 del 2012, n. 113 del 2011, n. 93 del 2010, n. 311 e n. 239 del 2009)".

Da notare che subito prima la Corte si sofferma sull'obbligo di interpretazione convenzionalmente conforme, affermando che, "[n]ell'attività interpretativa che gli spetta ai sensi dell'art. 101, secondo comma, Cost., il giudice comune ha il dovere di evitare violazioni della Convenzione europea e di applicarne le disposizioni, sulla base dei principi di diritto espressi dalla Corte EDU, specie quando il caso sia riconducibile a precedenti di quest'ultima". Come si vedrà oltre nel testo, il modo in cui la Corte mette in correlazione, subito dopo, questo obbligo con quello di sollevare questioni di legittimità costituzionale quando interpretazioni convenzionalmente conformi siano precluse dal testo della legge pare sintomatico di un preciso orientamento del giudice costituzionale circa i rapporti tra giudice e legge.

semplice scorciatoia processuale⁵, ma fonda l'inammissibilità per erronea individuazione del parametro su serie ragioni sostanziali. Nella pronuncia infatti la Corte conferma e rafforza, sulla scia di quanto affermato nella di poco antecedente sent. n. 43 del 2017⁶, l'autonomia tra sistema di garanzie approntate per la materia penale a livello nazionale, in forza degli artt. 25 e 27 Cost., da una parte, e convenzionale, imperniate dunque sugli artt. 117, primo comma, Cost., unitamente agli 6 e 7 CEDU, dall'altra.

Ciò allo scopo evidente di non offuscare il valore politico criminale della scelta, riservata al Parlamento, di depenalizzare fattispecie originariamente sanzionate con la pena, in forza di un'improvvida deviazione del canale di collegamento tra sistema convenzionale di garanzie della materia penale e ordinamento costituzionale italiano, che conduce a sfruttare il perimetro di applicazione dell'art. 25, secondo comma, Cost., per far confluire i principi degli artt. 6 e 7 CEDU all'interno del sistema di tutela posto dalla Costituzione all'esercizio dello ius puniendi⁷.

In queste brevi riflessioni si tenterà, dopo una rapida ricostruzione della questione oggetto dello scrutinio della Corte, di mettere in luce come il piano processuale (la scelta del parametro) ed il piano sostanziale (l'autonomia tra garanzie costituzionali e convenzionali della materia penale) convergano verso un medesimo scopo: ovverosia aprire una strada per raggiungere un effettivo rispetto degli artt. 6 e 7 CEDU, senza annacquare, in una commistione impropria tra Costituzione e sistema convenzionale, le specificità della protezione che la riserva di legge in materia penale è preposta ad accordare.

2.

La questione di legittimità costituzionale.

Ma andiamo con ordine. La questione, della massima delicatezza ed importanza, per come prospettata dal remittente, pur meritevole di avere rinviato la questione alla Corte costituzionale, presenta aspetti paradossali⁸.

Le norme oggetto sono gli artt. 8, commi 1 e 3, e 9 del d. lgs. 15 gennaio 2016, n. 8, con cui come noto è stata disposta la depenalizzazione, a norma dell'articolo 2, comma 2, della legge delega 28 aprile 2014, n. 67, di ampi e vari settori dell'ordinamento.

Per quanto qui interessa, con questo intervento il legislatore ha sottratto all'area di ciò che è penalmente rilevante la fattispecie di mancato versamento delle ritenute previdenziali ed assistenziali operate dal datore di lavoro sulle retribuzioni dei dipendenti.

In questo quadro, il giudice a quo dubita della conformità a Costituzione delle norme citate, in particolare in riferimento agli artt. 3, 25, secondo comma, e 27, per i perversi effetti dell'applicazione retroattiva delle sanzioni amministrative sostitutive delle sanzioni penali, che

⁵ In senso diverso si v. F. VIGANÒ, *Una nuova pronuncia della Consulta sull'irretroattività delle sanzioni amministrative*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 5/2017, 330 ss., il quale in estrema sintesi ritiene che la pronuncia mascheri, dietro una severità formale di facciata, la ritrosia del giudice costituzionale a dirimere una questione molto spinosa nel merito.

⁶ In cui come noto la Corte si era pronunciata sulla questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto l'art. 30 della l. n. 87 del 1953, nella parte in cui non prevede la propria applicabilità alle sentenze irrevocabili con le quali è stata inflitta una sanzione amministrativa qualificabile come "penale" ai sensi del diritto convenzionale.

Sulla pronuncia v., per commenti critici, M. C. UBIALI, *Illegittimità sopravvenuta della sanzione amministrativa "sostanzialmente penale": per la Corte costituzionale resta fermo il giudicato*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3/2017, 293 ss., che sottolinea come, se destinataria di un ricorso, la Corte europea ben potrebbe ritenere violato l'art. 7 CEDU, essendo la condanna priva di base legale; e A. CHIBELLI, *L'illegittimità sopravvenuta delle sanzioni "sostanzialmente penali" e la rimozione del giudicato di condanna: la decisione della Corte Costituzionale*, in *Dir. pen. cont. emporaneo*, fasc. 5/2017, 15 ss. spec. 31 ss., il quale nota che la Corte costituzionale non ha colto l'occasione per allargare l'ambito di applicazione dell'art. 30 della l. n. 87 del 1953 ad ambiti materiali sostanzialmente penali alla luce di criteri Engel, posto che ciò avrebbe avuto solo l'effetto di allargare delle garanzie, con conseguenze, dunque, solo ed esclusivamente in *bonam partem*.

⁷ Enfatizza, tra i costituzionalisti, la massima discrezionalità del legislatore nella scelta politica del ricorso alla sanzione penale, chiamata ad operare quale *extrema ratio*, v. V. ANGIOLINI, *Principi costituzionali e sanzioni amministrative*, in *Jus*, 1995, 227 ss., proprio a partire da casi di depenalizzazione. In tema v. anche, sempre tra i costituzionalisti, P. CHIRULLI, *La sanzione penale: ovvero "se", "come", "quando" e "quanto" punire, alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in E. D'Orlando - L. Montanari (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2009, 39 ss.

⁸ Va peraltro dato atto al giudice a quo del merito di aver investito la Corte costituzionale di simile questione e della sua complessità, che rendevano certamente difficile la costruzione della questione di legittimità costituzionale (si tenga anche conto che la sent. n. 43 del 2017, che chiarisce come il rapporto tra garanzie convenzionali e costituzionali della materia penale vada inteso in senso di autonomia, è stata pubblicata dopo la stesura dell'ordinanza di remissione). Anche la Corte sembra valorizzare l'iniziativa del remittente, come emerge dalla ampia e distesa motivazione della pronuncia, che non pare certo rientrare nella categoria di decisioni di inammissibilità - sanzione, con cui invece la Corte costituzionale indirettamente "bacchetta" il giudice a quo, mediante motivazioni molto stringate, combinate a dispositivi manifesta inammissibilità, per i macroscopici vizi processuali dell'ordinanza di remissione. In tema v. per tutti A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano 2004, 216.

avrebbe condotto all'irrogazione di una sanzione amministrativa di natura economica (e dunque, è vero, non più penale) notevolmente maggiore della multa che l'imputata avrebbe dovuto pagare nel vigore dell'originario sistema punitivo⁹.

Per dare concretamente conto della questione, è opportuno precisare che lo stesso fatto del mancato versamento delle ritenute era, prima della depenalizzazione, punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa fino 1.032,91 euro, mentre, sulla base della mutata cornice normativa, è prevista una sanzione amministrativa pecuniaria che va da un minimo di euro 10.000 ad un massimo di euro 50.000. Tenuto conto che, nel caso di specie, sussisteva, nel quadro legislativo vigente al momento di commissione del fatto, la possibilità di applicazione della sospensione condizionale della pena e che la somma non versata ammontava a 177 euro, si può immaginare che il giudice penale, chiamato dal nuovo apparato sanzionatorio a trasmettere gli atti all'autorità amministrativa competente ad irrogare la nuova sanzione non penale, abbia avvertito una profonda contraddizione nel sistema. Egli ha dunque sollevato una questione di costituzionalità per la possibile violazione del principio di irretroattività in materia penale, attesa, alla luce della giurisprudenza della Corte Edu sui criteri Engel, la natura sostanzialmente penale della sanzione amministrativa risultante dalla depenalizzazione; del principio di eguaglianza, per la disparità di trattamento fra i soggetti già condannati al momento dell'entrata in vigore del decreto ed i soggetti le cui posizioni, al contrario, sono in quel momento ancora sub iudice; nonché, da ultimo, del principio di rieducazione della pena, in quanto la nuova sanzione, applicata retroattivamente, sarebbe percepita come frutto di un abuso dello stato e ciò la renderebbe incompatibile con lo scopo rieducativo.

Le questioni in merito a questi ultimi due parametri sono dichiarate inammissibili per difetto di rilevanza, perché l'applicazione dell'art. 3 del d. lgs. n. 8 del 2016 (cioè la norma che detta, a seguito della depenalizzazione, il minimo ed il massimo della sanzione economica) non è più posta nelle mani del giudice penale, ma dell'autorità amministrativa cui quest'ultimo è tenuto a trasmettere gli atti. In realtà, consapevole di questo scoglio, rivelatore di un'anticipazione del momento di applicazione della norma ritenuta di dubbia compatibilità con la Costituzione, il remittente aveva "spostato il fuoco" sulla norma prodromica all'irrogazione della sanzione depenalizzata, ovvero l'art. 9 del d. lgs. n. 8 del 2016, che prevede in capo al giudice penale davanti a cui pende un procedimento avente ad oggetto un reato depenalizzato l'obbligo della trasmissione degli atti all'autorità amministrativa competente per l'irrogazione della sanzione amministrativa sostitutiva di quella penale. Ma ciò non basta, naturalmente, a superare gli ostacoli che rendono impossibile la corretta configurazione della rilevanza della questione, non sfiorando la norma oggetto in alcun modo i problemi della discriminazione o della frustrazione del principio rieducativo, strettamente correlati all'estensione della sanzione amministrativa. Pare opportuno sottolineare, come la stessa Corte ha cura di fare, che questo ostacolo processuale è facilmente rimediabile, potendo questa questione di costituzionalità essere sollevata dall'eventuale giudice dell'opposizione al provvedimento sanzionatorio.

Quanto alla questione sollevata in riferimento all'art. 25, secondo comma, Cost., la Corte costituzionale mette in luce alcuni aspetti paradossali dell'ordinanza di rimessione. In estrema sintesi, essa sottolinea l'incoerenza del giudice a quo, che, rinvenendo una contraddizione tra retroattività della sanzione amministrativa e giurisprudenza della Corte Edu sui criteri Engel, ha evocato un parametro non conferente, cioè l'art. 25, secondo comma, Cost., anziché puntare l'attenzione sull'art. 117, primo comma, Cost., per mancato rispetto dell'art. 7 CEDU. E, per questo, perviene ad una decisione di inammissibilità.

La Corte, in altre parole, censura la scelta del remittente di svalutare completamente il significato dell'autoqualificazione legislativa della sanzione come amministrativa, per costruire il profilo di illegittimità costituzionale attorno all'art. 25, secondo comma, Cost.: l'impostazione del giudice a quo pare, infatti, alla Corte completamente irrispettosa della scelta di politica criminale attuata con la legge di depenalizzazione, che sottrae all'area del penalmente rilevante alcune fattispecie e le inserisce in un sistema sanzionatorio non penale.

⁹ Ciò per effetto della concessione della sospensione condizionale della pena. Per ulteriori riflessioni, volte all'individuazione di una possibile interpretazione razionalizzatrice, esclusa da parte del giudice *a quo* in modo ritenuto convincente dalla Corte, v. F. VIGANÒ, *Una nuova pronuncia della Consulta sull'irretroattività delle sanzioni amministrative*, cit.

3.

Autoqualificazione legislativa e riserva di legge: il ruolo dell'art. 25, secondo comma, Cost.

Ad un primo esame della sentenza, si può rimanere sorpresi, forse, dalla voluta presa di distanza da parte della Corte da quell'orientamento della giurisprudenza costituzionale, anche recente, che ha fatto ricadere sotto l'ombrello dell'art. 25, secondo comma, Cost. sanzioni formalmente non penali (alcuni tipi di confisca, ad esempio¹⁰) e che avrebbe potuto fungere da grimaldello per uno scrutinio nel merito della presente questione.

Tuttavia, per lasciare ai giudici costituzionali la strada aperta verso questo percorso argomentativo, il remittente avrebbe dovuto radicare il suo dubbio in una interpretazione estensiva del parametro costituzionale in questione e sostenerne la applicazione anche alle sanzioni amministrative, quantomeno quelle di carattere particolarmente afflittivo. Cosa che, invece, esplicitamente esclude. In realtà, a giustificazione della "incoerenza" del remittente, si potrebbe addurre che in questo caso l'art. 25, secondo comma, Cost., non abbraccia sanzioni di natura sfuggente ed ibrida, come alcune ipotesi di confisca, ma una scelta di depenalizzazione recentemente operata dal legislatore penale, che, in quanto tale, è evidentemente refrattaria alla sfera di applicazione del citato parametro costituzionale.

Ciò posto, il rimedio allo scarto tra scelta legislativa di depenalizzazione, da una parte, ed estensione di garanzie poste a presidio, nel sistema interno, della materia penale, dall'altra, non può essere dato dall'assorbimento del piano di tutela offerto dalla CEDU in quello costituzionale, come avrebbe richiesto di fare l'ordinanza di rimessione, ma avrebbe dovuto condurre all'evocazione dell'art. 117, primo comma, Cost.

Ma quali sono le ragioni sostanziali che, al di là dell'effetto formale, possono giustificare la scelta della Corte?

A ben vedere, se si ammette che l'art. 25, secondo comma, Cost. possa ricomprendere le tutele convenzionali per la materia penale, pur in spregio alla qualificazione legislativa voluta dal Parlamento, si vanifica infatti un profilo essenziale delle garanzie dello stesso art. 25, secondo comma, Cost., ovvero la riserva di legge in materia penale.

Per questa via si chiederebbe, infatti, alla Corte, di sussumere l'art. 7 CEDU nell'art. 25, secondo comma, Cost., ovvero di estendere l'area di applicazione di un principio costituzionale, l'irretroattività in *malam partem*, dal cerchio più stretto, includente solo ciò che è definito penale ai sensi della legge nazionale, al cerchio più largo, comprensivo anche di tutto ciò che costituisce materia penale ai sensi della Convenzione, pur essendo considerato come extrapenale dalla legislazione interna.

L'artificiosità di tale impostazione traccina in contraddittorietà nei casi di depenalizzazione, in cui la sanzione sostitutiva di quella penale è non solo definita come amministrativa, ma anche volutamente espunta dall'ordinamento penale e collocata all'interno di un sistema di tutela tipicamente amministrativo.

Si potrebbe dubitare che le obiezioni a questa commistione di tutele abbiano fondamento, affermando sbrigativamente che fin tanto che essa dispiega conseguenze in *bonam partem* va accettata. Tuttavia, è bene sottolineare che i costi di questa operazione paiono non indifferenti, posto che la "strumentalizzazione" dell'art. 25, secondo comma, Cost., al fine di applicare gli artt. 6 e 7 CEDU, porterebbe ad un vero paradosso: l'art. 25, secondo comma, veicolerebbe nel nostro ordinamento violazioni di un istituto che esso stesso sancisce e protegge, cioè la riserva di legge penale, intesa come rinvio alla discrezionalità parlamentare della scelta, così come della esclusione, della sanzione penale per garantire la protezione di un bene giuridico¹¹.

Se poi si guarda al problema in un'ottica di sistema delle fonti, si deve notare che la Corte ha condivisibilmente alzato un argine dinanzi ai rischi di un'inversione molto grave nel rap-

¹⁰ Come nota F. VIGANÒ, *Una nuova pronuncia della Consulta sull'irretroattività delle sanzioni amministrative*, cit., la Corte avrebbe potuto entrare nel merito della questione facendo leva su questo filone giurisprudenziale. Cfr. le sentt., n. 104 del 2014 e n. 196 del 2010. In questo senso potrebbe essere letta, forse, anche la sent. n. 276 del 2016, in tema di incandidabilità sopravvenuta.

Per una lettura estensiva dell'art. 25, secondo comma, Cost., tale da abbracciare, nel suo nucleo duro (principio di irretroattività in *malam partem*) anche le sanzioni amministrative, comprese quelle frutto di scelte di politica criminale di depenalizzazione, v. M. SCOLETTA, *Materia penale e retroattività favorevole: il 'caso' delle sanzioni amministrative*, in *Giur. cost.*, 2016, 1406 s.

¹¹ A suffragio di questa osservazione pare importante ricordare quanto affermato dalla giurisprudenza costituzionale più recente, che riconduce in modo esplicito le scelte di depenalizzazione alla riserva di legge sancita, in materia penale, dall'art. 25, secondo comma, Cost., specificando che questa norma "attribuisce al Parlamento funzione centrale, tanto nella individuazione dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni loro applicabili, quanto nella selezione delle materie da depenalizzare". Cfr. la sent. n. 127 del 2017, al punto 4.2 del considerato in diritto.

porto tra Costituzione e Convenzione europea, dal momento che l'art. 7 CEDU, secondo la ricostruzione negata dalla sentenza in esame, avrebbe funto da strumento per individuare l'ambito di applicazione dell'art. 25, secondo comma, Cost.

4.

Autoqualificazione legislativa, soggezione del giudice alla legge e obbligo di sollevare la questione di legittimità costituzionale.

L'intento di salvaguardare, nella pronuncia, le garanzie insite nella riserva di legge, pare presidiato anche da considerazioni, non strettamente necessarie ai fini della soluzione del dubbio di legittimità costituzionale, svolte dalla Corte rispetto al ruolo del giudice nei casi di antinomie, apparenti o reali che siano, tra legge e Convenzione europea.

Ci si riferisce al passaggio, già menzionato in apertura, in cui la Corte costituzionale ricorda che il giudice deve prima di tutto provare a ricomporre la dicotomia attraverso l'interpretazione conforme alla Convenzione e, in secondo luogo, nel caso ciò non sia possibile perché il contenuto della legge è incompatibile con simile tentativo, sollevare questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost.

Si potrebbe dire che la Corte ha indugiato su un aspetto che, a 10 anni di distanza delle sentenze gemelle nn. 348 e 349 del 2007, appare ovvio, cioè che non è possibile disapplicare le leggi interne in contrasto con la Convenzione¹². In realtà, dietro alla incidentale enfaticizzazione del divieto di disapplicazione delle leggi interne che non qualificano la sanzione come penale, vi è l'intento, strettamente connesso alla ratio decidendi, di proteggere il ruolo della legge, riaffermando, grazie al richiamo all'art. 101, secondo comma, Cost., la soggezione del giudice penale a quest'ultima, similmente a quanto avvenuto nell'ordinanza n. 24 del 2017, riguardante una vicenda, quella Taricco, completamente diversa ma per questo aspetto forse collegata a quella in esame¹³.

Si consideri, da questo angolo visuale, che la riserva di legge in materia penale non costituisce una garanzia fine a se stessa, ma plasma l'assetto ordinamentale interno dei poteri al fine ultimo di proteggere le libertà individuali: la previa e chiara legge approvata per via parlamentare dovrebbe infatti, oltre ad impedire abusi dell'Esecutivo, prevenire arbitrii del potere giudiziario, legittimandone e allo stesso tempo circoscrivendone il potere¹⁴ in ossequio al principio democratico¹⁵. Ma gli assi portanti della riserva di legge, solo apparentemente relegabili ad un apparentemente arido terreno ordinamentale, irrorano anche il principio di eguaglianza, evidentemente non soddisfatto da decisioni giurisdizionali che, in quanto tali, producono effetto inter partes.

Se così stanno le cose, diventa più agile l'interpretazione del passaggio precedente della pronuncia, in cui la Corte, con un tono marcatamente diffidente rispetto a quello usato in pronunce coeve¹⁶, esprime incidentalmente preoccupazione per "il criterio casistico cui sarebbe [...] consegnata l'identificazione della natura penale della sanzione (che potrebbe porsi in problematico rapporto con l'esigenza garantistica tutelata dalla riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.)"¹⁷. La Corte teme, in altre parole, i rischi di una valutazione caso per caso, da parte dell'autorità giurisdizionale procedente (e poi, forse, di sé stessa), dell'estensione

¹² Cfr. il punto 3.1. del considerato in diritto, dove si afferma che il giudice "verificata l'impraticabilità di una interpretazione in senso convenzionalmente conforme, e non potendo disapplicare la norma interna, né farne applicazione, avendola ritenuta in contrasto con la Convenzione e, pertanto, con la Costituzione, alla luce di quanto disposto dall'art. 117, primo comma, Cost." è tenuto a sollevare questione di legittimità costituzionale della norma interna, per violazione di quest'ultimo parametro.

¹³ Si v. per tutti le considerazioni di F. PALAZZO, *Introduzione. Poche parole sparse per una lettura "europeista" dell'ord. n. 24 del 2017*, in A. Bernardi - C. Cupelli (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, Napoli, 2017, il quale mette in luce come la decisione della Corte costituzionale miri a preservare il paradigma costituzionale della legalità penale da incursioni di "diritto giurisprudenziale" della Corte di Giustizia che, a bene vedere, non sarebbero prospettabili nemmeno in base al diritto UE.

Sembra nutrita dalla medesima sensibilità anche la sent. n. 230 del 2012, che viene ripresa, per questi aspetti, da D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2/2015, p. 49 e 51 ss.

¹⁴ Cfr. al riguardo la sent. n. 327 del 2008, punto 4 del considerato in diritto, dove si menziona il principio di divisione dei poteri.

¹⁵ Come autorevolmente nota M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. Dir., Annali LXI (2016)*, spec. 398, con ulteriori considerazioni nella nota 61, occorre domandarsi se "le dottrine aristocratiche dell'interpretazione siano coerenti con la professione di democrazia degli ordinamenti che le ospitano".

¹⁶ Cfr. la sent. n. 68 del 2017, di cui si dirà qualcosa a breve.

¹⁷ Sottolinea come, oltre alle problematiche ricadute rispetto al principio di eguaglianza, il criterio casistico generi violazioni delle esigenze di garanzie tutelate dall'art. 25, secondo comma, Cost., nonché della legalità europea, "intesa come prevedibilità delle conseguenze da parte dell'autore del reato", N. ZANON, *op. cit.*

delle garanzie previste dalla CEDU a settori ritenuti come sostanzialmente penali nonostante la loro diversa qualificazione legislativa¹⁸.

È bene sottolineare che la preoccupazione della Corte sembrerebbe andare oltre i casi di illegittima disapplicazione della legge interna, di cui si è già detto. Probabilmente, infatti, in queste righe si può intravedere anche la consapevolezza del giudice costituzionale che alle ferite inferte al principio di eguaglianza da una giurisprudenza insofferente al controllo di costituzionalità accentrato si sommerebbe in questi casi l'incertezza delle interpretazioni della giurisprudenza Engel, costruita dalla Corte europea a partire, come naturale, da ricorsi relativi a casi concreti, riguardanti anche ordinamenti con sistemi sanzionatori molto diversi. La Corte costituzionale insomma pare anche aver voluto adombrare una generale diffidenza, giustificata dalle esigenze garantistiche di eguaglianza e certezza retrostanti all'applicazione della sanzione penale, verso la trasposizione nell'ordinamento interno di sentenze emesse dalla Corte Edu in riferimento a sanzioni diverse, attuata non solo mediante la (illegittima) disapplicazione della norma interna, ma anche mediante una interpretazione convenzionalmente conforme, quando vi siano gli spazi per percorrerla. Ciò essenzialmente in ragione della efficacia inter partes delle pronunce del giudice penale, a differenza delle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale.

Da questo punto di vista, il giudice costituzionale si è però già espresso poco prima della decisione in esame in modo più aperto, non ritenendo necessari precedenti pronunce della Corte di Strasburgo riferiti al trattamento sanzionatorio del procedimento principale, nella sent. n. 68 del 2017. Si legge infatti in questa pronuncia che è “da respingere l'idea che l'interprete non possa applicare la CEDU, se non con riferimento ai casi che siano già stati oggetto di puntuali pronunce da parte della Corte di Strasburgo” e viene evocato l'obbligo di applicare le norme della CEDU, “specie quando il caso sia riconducibile a precedenti della giurisprudenza della Corte EDU”¹⁹.

5.

Considerazioni conclusive: qualche spunto per le autorità giurisdizionali remittenti.

In conclusione, volendo trarre qualche spunto per le autorità giurisdizionali “alle prese” con norme sanzionatorie potenzialmente rientranti nella sfera di applicazione degli artt. 6 e 7 CEDU, ancorchè non formalmente qualificate come penali, si può ricavare quanto segue.

Per prima cosa, il giudice è tenuto a compiere un tentativo di interpretazione conforme alla Convenzione europea, al fine di estendere alla materia convenzionalmente penale le garanzie ivi previste.

Questa è la soluzione senz'altro più rapida e semplice, ma, è bene avvertire, le condizioni perché essa si verifichi paiono piuttosto difficilmente concretizzabili²⁰.

Infatti, l'interpretazione convenzionalmente conforme è praticabile se compatibile con la lettera della legge.

Occorre dunque escludere in blocco tutte le fattispecie di illeciti depenalizzati dalla pratica della interpretazione conforme, giacchè in questi casi il dato testuale depone sempre ed inequivocabilmente per la loro estrapolazione dalla materia penale e, giocoforza, impedisce la trasmissione in via interpretativa delle garanzie tipiche di questo settore.

Vi sono poi le sanzioni che sin dalla loro originaria introduzione nell'ordinamento giuridico sono state collocate al di fuori dell'ambito penale, ma che presentano elementi tali da soddisfare uno o più criteri Engel: si pensi a sanzioni irrogate quale reazione alla commissione di un reato²¹.

All'interno di questa categoria, occorre distinguere le fattispecie riconducibili al genus delle sanzioni amministrative pecuniarie delineato dalla legge di modifica del sistema penale n.

¹⁸ Questa è la preoccupante deriva segnalata da M. ROMANO, *Ripensare il diritto penale (a dieci anni dalla scomparsa di Federico Stella)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1 ss., proprio a proposito della contaminazione tra diritto penale ed altre aree del diritto prodotta dalla applicazione in via giurisprudenziale dei criteri Engel.

¹⁹ Quest'ultimo passaggio è tra l'altro ripreso anche nella sentenza in esame, ma, attorniato dei *caveat* ricordati nel testo, sotto un'altra luce.

²⁰ Ritiene ridotto lo spazio per interpretazioni convenzionalmente conformi anche N. ZANON, *op. cit.*

²¹ Come le misure di confisca per equivalente. Per un recente esame di questo elemento (la pertinenzialità al reato), frutto della declinazione dei criteri Engel, v. C. NARDOCCI, *Sulla (in)convenzionalità della incandidabilità sopravvenuta e della decadenza dal mandato parlamentare: spunti a partire dal caso Berlusconi c. Italia*, in www.federalismi.it, 13 settembre 2017.

689 del 1981 e dunque rientranti nel sistema di applicazione di queste ultime, che ad esempio, come noto, esclude il regime della irretroattività in bonam partem.

In questo caso, non è evidentemente possibile ipotizzare interpretazioni convenzionalmente e costituzionalmente conformi, ma occorrerà sollevare questione di legittimità costituzionale, pena la illegittima disapplicazione della medesima l. n. 689 del 1981.

Nella seconda evenienza - e - lo si ribadisce, nel silenzio della legge -, si può essere indotti a ritenere di trovarsi in uno "spazio vuoto" da scelte legislative circa la applicazione alla fattispecie sanzionatoria sostanzialmente penale delle regole poste dalla CEDU a presidio della stessa materia penale²².

Anche qui, l'interpretazione conforme non è risolutiva, non essendovi norme da interpretare. È possibile piuttosto, limitatamente a questa specifica ipotesi, immaginare una applicazione diretta degli artt. 6 e 7 CEDU e, dunque, estendere immediatamente alla materia convenzionalmente penale le garanzie ivi previste?

In verità, la sentenza non pare occuparsi di questo delicato dubbio, enfatizzando piuttosto l'obbligo generalizzato di sollevare questione di costituzionalità come unica alternativa al fallimento di tentativi di interpretazione conforme, a tutela delle esigenze di eguaglianza che il giudizio di costituzionalità assicura, di cui la Corte si è implicitamente fatta carico.

In questa sede, dinanzi ad un interrogativo così ricco di implicazioni, ci si limita a rilevare che, ammesso che vi siano davvero casi in cui il legislatore ha introdotto sanzioni non qualificandole come penali e, allo stesso tempo, nemmeno amministrative o altrimenti extrapenali, il vuoto legislativo pare suscettibile di valutazione da parte della Corte costituzionale, affinché, una volta provata la natura convenzionalmente penale della sanzione, possa dichiarare incostituzionale la norma che non associa alla sanzione le garanzie di cui agli artt. 6 e 7 CEDU.

Da ultimo, occorre sottolineare che, in tutti i casi in cui si rivolgerà alla Corte, il giudice dovrà sollevare questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in riferimento agli artt. 6 e 7 CEDU ed alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo rilevante, lasciando invece da parte l'art. 25, secondo comma, Cost.

²² In senso contrario, v. F. VIGANÒ, *Una nuova pronuncia della Consulta sull'irretroattività delle sanzioni amministrative*, cit., secondo cui la Corte per la prima volta discorre, in riferimento ai giudici nazionali, del "dovere di applicare (direttamente) le disposizioni della Convenzione, che - in quanto incorporate nell'ordinamento italiano in forza della legge n. 848/1955 - formano parte integrante della "legge" che il giudice medesimo ha il dovere di applicare, ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cost.". Probabilmente questa tesi è ancorata al passaggio della pronuncia in cui si afferma che "Nell'attività interpretativa che gli spetta ai sensi dell'art. 101, secondo comma, Cost., il giudice comune ha il dovere di evitare violazioni della Convenzione europea e di applicarne le disposizioni, sulla base dei principi di diritto espressi dalla Corte EDU, specie quando il caso sia riconducibile a precedenti di quest'ultima". A parere di chi scrive, tuttavia, come dimostra il tenore complessivo della sentenza, la Corte qui non si è occupata della applicazione diretta della CEDU, ma ha affermato che, nell'interpretare in modo convenzionalmente conforme la legge interna, il giudice è chiamato ad applicare la CEDU ed i principi elaborati a partire dalla giurisprudenza europea.

NOVITÀ LEGISLATIVE E GIURISPRUDENZIALI
NEWS FROM LEGISLATION AND CASE LAW

-
- 181** **Le circostanze “indipendenti” sono sempre “ad effetto speciale”? Una risposta negativa (non “faziola”, ma “di parte”), aspettando le Sezioni Unite**
Alessandro Melchionda
-
- 200** **Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco**
Cristiano Cupelli
-
- 217** **Dibattimento a distanza vs. “autodifesa”?**
Sergio Lorusso
-
- 224** **La sicurezza urbana e i suoi custodi (il Sindaco, il Questore e il Prefetto)**
Carlo Ruga Riva, Roberto Cornelli, Alessandro Squazzoni, Paolo Rondini e Barbara Biscotti

Le circostanze “indipendenti” sono sempre “ad effetto speciale”? Una risposta negativa (non “faziosa”, ma “di parte”), aspettando le Sezioni Unite

*“Independent Circumstances” Are Always Circumstances
with “Special Effect”? A Negative Response (Not “Factious”,
but “Partisan”), Waiting for the Decision of the Joined Chambers
of the Court of Cassation*

ALESSANDRO MELCHIONDA

*Professore ordinario di Diritto penale presso l’Università degli Studi di Trento
alessandro.melchionda@unitn.it*

CIRCOSTANZE DEL REATO, CIRCOSTANZE
“INDIPENDENTI”, CIRCOSTANZE “AD EFFETTO
COMUNE”, CIRCOSTANZE “AD EFFETTO SPECIALE”

CIRCUMSTANCES OF THE CRIME, “INDEPENDENT
CIRCUMSTANCES”, CIRCUMSTANCES “WITH COMMON
EFFECT”, CIRCUMSTANCES “WITH SPECIAL EFFECT”

ABSTRACT

La Corte di Cassazione rimette alle Sezioni Unite il contrasto interpretativo delineatosi sulla classificazione quali circostanze “ad effetto speciale” delle circostanze c.d. “indipendenti” che, pur senza essere caratterizzate da una incidenza frazionaria sulla pena, prevedono una sanzione edittale che, rapportata alla cornice edittale del reato-base, non determina una variazione modificativa superiore ad un terzo (nella specie: l’art. 609 *ter* c.p., in relazione all’art. 609 *bis* c.p.). Nell’attesa di questa prossima pronuncia, vengono sviluppate alcune osservazioni che portano a ritenere più fondata la classificazione di tali ipotesi quali circostanze “ad effetto comune”.

The Court of Cassation refers to the joined sections to solve the interpretative contrast on the problem if can be qualified as “circumstances with special effect” the special type of “independent circumstances” which, without being characterized by a fractional incidence on the penalty, provide a law sanction that modifies the crime penalty by more than one third (in particular paragraph 609-*ter*, in connection with paragraph 609-*bis*, of Italian penal code). Waiting for the forthcoming ruling, the Author makes some observations in the attempt to classify these circumstances as “circumstances with common effect”.

SOMMARIO

1. Una nuova occasione di contrasto sulla delimitazione delle circostanze “ad effetto speciale”. – 2. I termini giurisprudenziali del contrasto. – 3. La “genesì” del problema di classificazione ed identificazione delle circostanze “ad effetto speciale”. – 4. Gli spazi di incertezza determinati dalla riformulazione dell’art. 63, comma 3, c.p. – 5. Le motivazioni della più recente giurisprudenza favorevole ad una considerazione unitaria di tutte le circostanze “indipendenti”. – 6. Una prima opinione (non “faziosa”, ma “di parte”) a sostegno della soluzione contraria. – 6.1. L’insussistenza di una “specificità di ratio” delle circostanze c.d. “indipendenti”. – 6.2. La riforma del 1984 e la conseguente delimitazione “ex lege” delle circostanze “ad effetto speciale”. – 6.3. I limiti imposti dal principio di legalità nella valutazione dell’incidenza delle circostanze “ad effetto speciale” sui termini di prescrizione del reato.

1. Una nuova occasione di contrasto sulla delimitazione delle circostanze “ad effetto speciale”.

Nell’arco di poco più di un anno, le Sezioni Unite della Cassazione vengono nuovamente chiamate a pronunciarsi su di una questione relativa alle c.d. “circostanze ad effetto speciale”.

Nell’ultima occasione il contrasto giurisprudenziale era insorto in ordine alla rilevanza di tali circostanze rispetto all’ammissibilità della nuova disciplina prevista dall’art. 168 bis c.p. sulla “sospensione del procedimento con messa alla prova”: il dubbio era quindi relativo alla necessità, o meno, di tenere conto degli effetti modificativi sulla pena, conseguenti per l’appunto a circostanze “ad effetto speciale”, nella determinazione del limite edittale massimo di pena che circoscrive l’ambito di applicabilità di tale nuovo istituto¹.

In questa nuova occasione la rilevanza di questa particolare tipologia di circostanze viene invece apprezzata con riguardo alla disciplina sul computo dei termini massimi di prescrizione, ma la questione rimessa alle Sezioni Unite si presenta con un rilievo di portata potenzialmente molto più ampia. Nella specie, in effetti, la rilevanza di tali circostanze è espressamente prevista dal legislatore ed il dubbio sul quale si è venuto a registrare un contrasto giurisprudenziale concerne la stessa delimitazione sistematica di tale settore di circostanze; il quesito rimesso al vaglio delle Sezioni Unite concerne infatti la questione «se, ai fini della determinazione del tempo necessario a prescrivere, le circostanze c.d. indipendenti debbano essere circostanze ad effetto speciale, ai sensi dell’art. 63, comma 3, c.p., anche in caso di aumento non superiore ad un terzo».

Come detto, la maggiore importanza sistematica del quesito è tuttavia solo potenziale. Allo stato, in effetti, l’unica disposizione in relazione alla quale pare possa essere concretamente apprezzata questa alternativa classificatoria è quella prevista in materia di violenza sessuale dall’art. 609-ter c.p., per la quale, con riferimento invero a più circostanze aggravanti, il legislatore ha fissato la pena della reclusione da sei a dodici anni: viene così stabilito un aumento che, se confrontato con la sanzione edittale del reato-base previsto dall’art. 609-bis c.p. (laddove è indicata la pena della reclusione da cinque a dieci anni), presenta una variazione, sia nel minimo, che nel massimo, pari solo ad un quinto.

2. I termini giurisprudenziali del contrasto.

Per quanto è dato sapere (ma nulla di più viene segnalato anche nell’ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite), il contrasto scaturisce solo da una recente decisione, in occasione della quale la Corte di Cassazione si è espressamente dichiarata in dissenso rispetto a quanto

¹ V. Cass. pen., Sez. Un., 31 marzo 2016, n. 36272, in *Cass. pen.*, 2016, 12, 4334, con note di M.C. AMOROSO, *La disciplina della messa alla prova al vaglio delle Sezioni Unite*, e di L. PAOLONI, *Il limite edittale per l’accesso alla messa alla prova. Dalle Sezioni Unite una soluzione attesa, che favorisce il ricorso alla probation processuale*. A commento alla decisione v. altresì I. GUERINI, *In claris (non) fit interpretatio? Le Sezioni Unite in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Dir. pen. cont.*, 15 novembre 2016; sulla relativa ordinanza di rimessione, pubblicata in *Dir. pen. cont.*, 22 marzo 2016, v. I. GUERINI, *Ancora in tema di sospensione del processo con messa alla prova: presupposti oggettivi per accedere al procedimento speciale ed autonoma ricorribilità per cassazione dell’ordinanza di rigetto dell’istanza di ammissione*. A commento alla decisione delle Sezioni Unite, con più specifico riferimento agli aspetti relativi alla classificazione delle circostanze “ad effetto speciale”, ci permettiamo altresì rinviare a A. MELCHIONDA – E. MATTEVI, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e rilevanza delle circostanze aggravanti*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, 325 ss.

affermato in due precedenti sentenze.

Inizialmente la rilevanza della questione era stata apprezzata rispetto a problematiche diverse da quelle oggi considerate. In occasione di una prima più risalente decisione, infatti, la Prima Sezione penale della Corte di Cassazione aveva avuto necessità di prendere posizione sulla classificazione della aggravante di cui all'art. 609-ter, n. 1, c.p. solo in ragione dei possibili riflessi di tale circostanza sulla disciplina della competenza territoriale². Nella specie, in effetti, il processo riguardava un caso di tentata violenza sessuale ai danni di persona infraquattordicenne precedentemente sequestrata. Il sequestro ed il successivo tentativo di violenza sessuale erano tuttavia stati commessi in luoghi diversi e situati in distinti ambiti di competenza territoriale: di qui, perciò, innanzi tutto, la necessità di stabilire, ex art. 16 c.p.p., quale dei due reati dovesse essere qualificato come "più grave" e quale giudice avrebbe conseguentemente dovuto occuparsi dell'intera vicenda.

A questa prima questione si era così ricollegata l'ulteriore necessità di affrontare l'accennato problema della classificazione della circostanza di cui all'art. 609-ter, comma 1, n. 1, c.p.: e questo perché, a norma di quanto previsto dall'art. 4 c.p.p., per determinare la competenza si deve avere riguardo «alla pena stabilita dalla legge per ciascun reato consumato o tentato» e non si deve tenere conto «della continuazione, della recidiva e delle circostanze del reato, fatta eccezione», però, «delle circostanze aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale».

In prima battuta, il giudice territorialmente competente per il reato di sequestro di persona (ex art. 605 c.p.) aveva escluso la propria competenza, ritenendo più grave l'ulteriore reato di tentata violenza sessuale aggravata (e quindi implicitamente ammettendo la riconducibilità della citata aggravante di cui all'art. 609-ter, 1° comma, n. 1, c.p. al settore delle circostanze "ad effetto speciale"). In seguito, difforme valutazione era stata tuttavia espressa dal giudice territorialmente competente per il reato sessuale, il quale aveva perciò restituito gli atti del procedimento al primo giudice. Si erano così determinati i presupposti di un conflitto negativo di competenza, e la questione era stata rimessa al giudizio della Corte Suprema.

In occasione di quella prima pronuncia la Cassazione aveva chiaramente escluso la possibilità di fare rientrare la circostanza esaminata fra quelle "ad effetto speciale". Nella pur sintetica motivazione della sentenza la questione era stata affrontata e risolta in ragione della mera considerazione dell'entità matematica dell'aumento di pena. Al riguardo si era, infatti, affermato quanto segue: «La circostanza aggravante contestata nel caso di specie (art. 609-ter, 1° comma, n. 1, c.p.) non può essere qualificata come aggravante ad effetto speciale per la ragione che essa non comporta un aumento di pena superiore ad un terzo, essendo prevista per il delitto ex art. 609-bis c.p. la pena edittale da cinque a dieci anni e per il delitto aggravato, nei termini testé indicati, la pena da sei a dodici anni: ditalché l'aumento è pari ad un quinto ed è da escludere, pertanto, la ricorrenza di un'aggravante ad effetto speciale ex art. 63, comma 3, c.p.»³.

In relazione alla concreta questione di competenza territoriale la premessa aveva ovviamente portato al riconoscimento della maggiore gravità del reato di sequestro di persona rispetto a quello di tentata violenza sessuale. Con riferimento al più generale problema della classificazione delle circostanze in esame la Corte Suprema aveva quindi esplicitamente riconosciuto la necessità di classificare quali circostanze "ad effetto comune" anche tutte le circostanze che, pur correlate alla previsione di una pena determinata "in modo indipendente da quella ordinaria del reato", non comportino però, nella sostanza, una variazione di pena superiore ad un terzo.

Soluzione del tutto identica, e con motivazione sostanzialmente speculare, era stata in seguito confermata anche in occasione di una seconda pronuncia, con la quale la Corte di Cassazione – in questo caso la Terza Sezione Penale – riaffermò tale principio, ma giudicando sugli effetti della citata disposizione circostanziale rispetto ad altra questione di rilevanza concreta: quella, cioè, relativa al computo della durata massima dei termini di prescrizione⁴. Ferma, così, la ribadita conclusione (nella specie peraltro in difformità da quanto deciso dai giudici del merito), secondo la quale «la circostanza aggravante di cui all'art. 609-ter, comma 1, n. 1, c.p. non è circostanza ad effetto speciale posto che la stessa comporta, a fronte della pena ricompresa tra i cinque e i dieci anni di reclusione di cui all'art. 609-bis c.p., una pena da sei a dodici

² V. Cass. pen., Sez. I, 21 settembre 1999, n. 5081, Lanuto, in *Foro it.*, 2000, II, 565, con nota di A. MELCHIONDA, *Il problema della distinzione fra circostanze "ad effetto speciale" e circostanze "ad effetto comune" (con specifico riferimento alle nuove aggravanti dei reati sessuali)*.

³ V. Cass. pen., Sez. I, 21 settembre 1999, n. 5081, Lanuto, cit., II, 566.

⁴ V. Cass. pen., Sez. III, 25 settembre 2013, n. 41487, D.N.L., CED Rv 257292.

anni di reclusione, in tal modo non operandosi l'aumento superiore ad un terzo richiesto dall'art. 63 c.p., comma 3», con tale decisione fu conseguentemente affermato che «il termine di prescrizione applicabile nella specie, considerando il più favorevole regime introdotto dalla L. n. 251 del 2005 (per il quale, ex art. 157 c.p., della predetta aggravante, in quanto ordinaria, non può tenersi conto), è pari ad anni dieci prolungabile, per effetto delle interruzioni, ad anni dodici e mesi sei ex art. 161 c.p.».

Nell'assenza di successive pronunce (per lo meno note) che abbiano disatteso tali premesse di ordine classificatorio e le conseguenti conclusioni applicative, una netta posizione di contrasto si è invece delineata in occasione di una più recente pronuncia della Cassazione, anche in questo caso della Terza Sezione Penale. Nella specie il problema di concreta rilevanza è stato nuovamente apprezzato in relazione alla incidenza della medesima circostanza aggravante di cui all'art. 609-ter, comma 1, n. 1, c.p. sul computo dei termini massimi di prescrizione e, in questo caso, la risposta della Suprema Corte è stata nettamente difforme dalle precedenti, affermando all'uopo «che le aggravanti di cui all'art. 609-ter, comma 1, c.p., stabilendo la pena in misura indipendente da quella ordinaria prevista dal reato-base (art. 609-bis c.p.) partecipano alla stessa disciplina delle circostanze ad effetto speciale, pur non comportando, a seguito di operazione aritmetica consistente nel trasformare la "pena indipendente" in quella a "variazione frazionaria", un aumento della pena, rispetto al reato semplice, in misura superiore ad un terzo (del massimo, se aggravanti, del minimo, se attenuanti); da qui la conseguenza, perciò, che di tali circostanze «deve tenersi conto nel calcolo della prescrizione»⁵.

A differenza delle precedenti pronunce, tuttavia, che si erano limitate a dare atto dell'opzione per la diversa soluzione classificatoria solo in ragione delle citate motivazioni di ordine prettamente "aritmetico", nella consapevolezza della soluzione di contrasto che si veniva così ad affermare la Cassazione si è spinta oltre sviluppando una articolata motivazione, in larga parte allineata con analoghe pregresse considerazioni dottrinali, ma non priva di autonomi spunti argomentativi. Si è così proceduto ad un più completo inquadramento della problematica, per la disamina della quale si è tenuto conto della stessa genesi della specifica classificazione oggi prevista al terzo comma dell'art. 63 c.p., nonché di alcuni ulteriori aspetti di più generale coordinamento con la disciplina complessiva delle circostanze.

L'importanza ed il rilievo di questi argomenti, sui quali si avrà ovviamente modo di ritornare con maggiore dettaglio, vengono oggi portati al vaglio delle Sezioni Unite ed è pertanto opportuno illustrarli e valutarli con la dovuta attenzione, muovendo proprio da quel dibattito dottrinale al quale la stessa Cassazione ha fatto espresso riferimento per giungere oggi a porsi in contrasto con il proprio precedente orientamento.

3. La "genesì" del problema di classificazione ed identificazione delle circostanze "ad effetto speciale".

Come è noto, la classificazione (e la stessa denominazione) delle circostanze "ad effetto speciale" ha assunto un rilievo normativo esplicito solo a seguito dell'espressa definizione legislativa che è stata introdotta nel 1984 nella parte conclusiva del terzo comma dell'art. 63 c.p.

Nella disciplina originariamente prevista dal codice penale del 1930 non esisteva, in effetti, tale esplicita formula classificatoria. La necessità di operare una distinzione fra le circostanze (in seguito meglio definite) "ad effetto comune" e le circostanze c.d. "ad effetto speciale" fu invece ricollegata solo alla netta diversità delle regole applicabili nei vari casi di concorso di più circostanze⁶. Nell'ipotesi di concorso eterogeneo di circostanze l'iniziale disciplina dell'art. 69 c.p. escludeva, infatti, dal c.d. giudizio di bilanciamento tutte le circostanze per le quali la legge stabilisse «una pena di specie diversa», ovvero determinasse «la misura della pena in modo indipendente dalla quella ordinaria del reato»: in altri termini, si escludevano dal giudizio comparativo di valenza tutte quelle circostanze che, proprio in ragione di tale specifica puntualizzazione normativa, si ritenne di poter considerare unitariamente denominandole

⁵ V. Cass. pen., Sez. III, 23 marzo 2016, n. 31418, T.F.

⁶ Cfr., per tutti, M. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice penale* (Art. 1-84), 2ª ed., vol. I, Milano, 1995, sub Pre-art. 59, n. 25, 602. Per ogni più ampio riferimento, anche di tipo bibliografico, su questi originari aspetti della disciplina delle circostanze sia qui permesso il rinvio a A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, 2000, in particolare 618 ss.

proprio quali circostanze “ad effetto speciale”⁷.

Questa denominazione unitaria è in seguito mutata. Salvo errore, la nozione di circostanze “autonome” risulta essere stata utilizzata per la prima volta da Pietro Nuvolone, ma solo quale sinonimo, ancora indistinto, della formula “ad effetto speciale”⁸. Proprio in ragione della diversità di effetti modificativi sulla pena conseguente alle due tipologie di circostanze così considerate, in seguito altri autori – *in primis* Giuliano Vassalli – hanno tuttavia ritenuto preferibile indicare come “autonome” solo le circostanze che comportassero un mutamento della specie di pena, adottando la diversa nozione di circostanze “indipendenti” solo per quelle caratterizzate, per l'appunto, dalla previsione di una cornice edittale di pena stabilita senza alcun rapporto proporzionale diretto con la pena del reato-base⁹.

L'esigenza di distinguere tutte queste circostanze da quelle c.d. “ad effetto comune” era d'altronde collegata anche ad altri aspetti di disciplina. Un regime applicativo completamente differenziato era infatti previsto anche in caso di concorso omogeneo: nel caso di più circostanze “ad effetto comune” la regola applicabile era (ed ancora è) quella stabilita dal secondo comma dell'art. 63 c.p., fondata su di un cumulo materiale delle singole variazioni di pena; nel caso di più circostanze “ad effetto speciale” (o “ad effetto autonomo” e/o “indipendente”) dovevano, invece, (e devono ancora) trovare applicazione le diverse regole previste dai successivi commi della medesima disposizione, ancor oggi caratterizzate dal ricorso ad un cumulo di tipo prettamente giuridico.

Secondo quanto è stato possibile appurare da una diretta ricostruzione del dibattito dell'epoca (sul quale si avrà comunque modo di ritornare anche nel prosieguo del presente scritto), lungi dall'esprimere o dal rappresentare una diversa rilevanza sistematica e/o funzionale delle diverse ipotesi circostanziali, la *ratio* di questa differenziazione di regime era soprattutto quella di evitare che gli effetti modificativi delle circostanze fondate su variazioni frazionarie o proporzionali di pena potessero venire annullati dalla successiva considerazione di circostanze collegate ad una diversa specie di pena, ovvero ad una pena di genere identico a quella del reato-base, ma stabilita senza nessun rapporto di proporzione con quest'ultima¹⁰.

Già rispetto a questo iniziale assetto normativo si delinearono, però, alcune divergenze di opinione circa i criteri in base ai quali identificare le circostanze “ad effetto speciale”. Sulla scia di alcune esplicite indicazioni degli stessi compilatori del codice del 1930¹¹, quasi tutti i primi studi concordarono sulla necessità di ancorare il fondamento di tale distinzione solo al carattere “aritmetico”, o meno, dei criteri di variazione di pena di volta in volta adottati: vale a dire, distinguendo a seconda che quest'ultima fosse, o meno, predeterminata in base a parametri quantitativamente dipendenti dalla pena del reato-base¹².

Fermo il mutato e più unitario regime di disciplina che si era comunque già venuto a configurare a seguito della riforma apportata nell'anno 1974 all'art. 69 c.p., negli sviluppi del successivo dibattito interpretativo parte della dottrina contestò, tuttavia, la “razionalità funzionale” dei risultati applicativi conseguenti all'adozione di tali criteri. Si ritenne, quindi, lecito proporre altri parametri classificatori: in particolare, muovendo dall'idea che il precipuo *iter* di commisurazione delineato dall'art. 63, commi 1 e 2, c.p. potesse sottintendere ad una funzione di vera e propria “individualizzazione” della pena concretamente applicabile al reo, si affermò la maggiore opportunità di classificare “ad effetto comune” quelle sole circostanze che risultassero collegate ad una variazione di pena di tipo “elastico”, tale cioè da lasciare spazio ad un effettivo margine di “personalizzazione” giudiziale della sanzione; parallelamente si ritenne, invece, preferibile annoverare fra le circostanze “ad effetto speciale” (e quindi accomunare a tutte le originarie circostanze “ad effetto autonomo” ed “indipendente”) anche tutte quelle ipotesi per le quali la pena fosse sì stabilita secondo criteri aritmetici, ma in raccordo a variazioni

⁷ Per questa iniziale denominazione v., per tutti, G. MARINI, *Le circostanze del reato*, Milano, 1965, 188.

⁸ Cfr. P. NUVOLONE, *Les circonstances aggravantes en droit italien*, in *Rev. int. dr. pen.*, 1965, 610.

⁹ V. G. VASSALLI, *Concorso tra circostanze eterogenee e reati aggravati dall'evento*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1975, 8. Per identica differenziazione v. altresì M. ROMANO, *op. cit.*, sub Pre-art. 59, n. 26, 602. La nozione unitaria di circostanze “ad effetto speciale” ha comunque conservato larga diffusione anche in seguito: per tutti v. A. STILE, *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza delle circostanze*, Napoli, 1971, 115; V. D'ASCOLA, *Sulla rilevanza delle circostanze cosiddette ad effetto speciale, dopo la riforma del '74*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, 986.

¹⁰ Sul punto sia consentito rinviare ancora alla più ampia analisi sviluppata in A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, cit., 630 ss.

¹¹ Particolarmente significativa risultò, soprattutto, la precisazione dell'On. Appiani (in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, IV, 1, Roma, 1929, 69), in seguito testualmente ripresa anche dal Ministro Rocco (v. *Relazione sul Libro 1° del Progetto*, in *Lavori preparatori*, cit., V, 1, 121), secondo la quale: «pena diversa significa pena diversa *per specie*; pena indipendente, significa pena della stessa specie, ma comminata senza rapporto di proporzione aritmetica con quella stabilita in via ordinaria».

¹² In questo senso, fra i primi commenti al codice penale del 1930 v. per tutti E. FLORIAN, *Dei reati e delle pene in generale*, in *Trattato di diritto penale*, coordinato da E. Florian, 4^a ed., I-2^a, Milano, 1934, 870.

frazionarie di tipo rigido¹³. Si avrà comunque modo di ritornare con più dettaglio su questa impostazione, stante la chiara rilevanza che la stessa appare oggi assumere rispetto alla recente presa di posizione della Corte di Cassazione.

4.

Gli spazi di incertezza determinati dalla riformulazione dell'art. 63, comma 3, c.p.

L'intera questione ha comunque acquisito più ampia complessità e rilevanza proprio a seguito della citata modifica normativa che è stata apportata al terzo comma dell'art. 63 c.p. da parte dell'art. 5 della legge 31 luglio 1984 n. 400.

Già da una semplice lettura del nuovo dettato di legge apparve, invero, subito evidente come il principale obiettivo di questa riformulazione della norma fosse soprattutto quello di uniformare il regime applicativo di situazioni caratterizzate da una incidenza modificativa di pena "quantitativamente" omogenea¹⁴. Forse perché ispirato più da motivazioni di tipo processuale, che sostanziale, questo intervento legislativo ha tuttavia messo ancor più in crisi i già labili confini distintivi fra le due diverse tipologie di circostanze. Ferma, infatti, una agevole possibilità di identificazione, sulla scorta del nuovo criterio quantitativo, delle ipotesi caratterizzate da effetti predeterminati secondo parametri di tipo aritmetico (fissi od elastici che siano), nonché di quelle che comportano una variazione qualitativa della stessa specie di pena, la previsione di questa nuova ed esplicita definizione delle circostanze "ad effetto speciale" ha subito aperto il problema della classificazione delle ipotesi precedentemente etichettate come "indipendenti": vale a dire, delle già richiamate circostanze per le quali la legge stabilisce l'applicabilità di una (cornice edittale) di pena, determinata senza un diretto rapporto di proporzione con la "pena ordinaria del reato".

Esclusa l'idea di una automatica trasformazione di queste ultime ipotesi in vere e proprie fattispecie autonome di reato (soluzione di fatto incompatibile con i riflessi altrimenti conseguenti alla disciplina dell'elemento soggettivo)¹⁵, la dottrina si è così divisa nella prospettazione di due tesi assolutamente antitetiche e contrapposte.

Secondo una prima corrente interpretativa, la mancata considerazione, da parte del nuovo art. 63, comma 3, c.p., di effetti aggravanti o attenuanti stabiliti senza alcun rapporto di "dipendenza" con la pena ordinaria del reato obbligherebbe a classificare anche le circostanze caratterizzate da tali specifici riflessi sulla sola scorta del criterio matematico attualmente stabilito. In tali casi si tratterebbe, pertanto, di valutare (secondo un «calcolo frazionario ideale») se l'autonoma rideterminazione della cornice edittale di pena comporti, o meno, una variazione superiore ad un terzo rispetto a quella prevista per il reato-base¹⁶. Laddove poi tale variazione si rivelasse superiore al terzo sul piano del minimo, ma non su quello del massimo edittale, o viceversa, il problema verrebbe ovviamente a risultare ancor più complicato: secondo taluno, in questi casi occorrerebbe infatti dare rilievo solo al massimo, nel caso delle aggravanti, e solo al minimo, nel caso delle attenuanti¹⁷; altri hanno invece affermato che ognuna delle due eventualità obbligherebbe a classificare la corrispondente ipotesi quale circostanza ad effetto speciale¹⁸. A parte questi ultimi più specifici problemi, in linea di massima è comunque risultato subito evidente come questa prima soluzione interpretativa avrebbe comportato alcune

¹³ Questa impostazione è stata proposta e sostenuta soprattutto da G. DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Milano, 1983, in particolare 166, nel quadro di un'approfondita disamina dei rapporti fra la disciplina delle circostanze del reato e quella della commisurazione della pena. Già prima altri autori sostennero tuttavia opinioni analoghe: fra i primi v., ad esempio, G. BONINI, *Del rapporto di equivalenza e prevalenza delle circostanze*, in *Riv. pen.*, 1933, 1316 ss.; G. ESCOBEDO, *Concorso e prevalenza di circostanze aggravanti e attenuanti*, in *Giust. pen.*, 1932, II, 815 ss.; S. PIACENZA, *Giudizio di prevalenza o di equivalenza: un caso particolare di esclusione*, in *Giust. pen.*, 1954, II, 39 (a commento dell'analoga opinione espressa dalla stessa Corte Suprema: v. Cass. pen., 8 maggio 1952, Vanuzzi e altri, *ibid.*).

¹⁴ Fra i principali commenti a questa innovazione v. G. FLORA, *Commento all'art. 5, L. 31/7/84 n. 400*, in *Legisl. pen.*, 1984, 387 ss.; L. CONCAS, *Il nuovo sistema delle circostanze*, in *Cass. pen.*, 1984, 2296 ss.; G. DE VERO, *Le circostanze del reato al bivio tra reintegrazione e disintegrazione sistematica. I riflessi delle novelle del 1984*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1986, 49 ss.

¹⁵ Su questa prima alternativa di interpretazione e per le argomentazioni contrarie ad un suo ipotetico accoglimento, v. L. CONCAS, *op. cit.*, 2298.

¹⁶ Per questa conclusione v. ancora L. CONCAS, *loc. cit.*, e G. FLORA, *op. cit.*, 389. Successivamente, in senso adesivo v., fra altri, A. MANNA, *Circostanze del reato*, *Enc. giur. Treccani*, (aggiornamento), VI, 1993, 3; T. PADOVANI, *Circostanze del reato*, in *Dig. disc. pen.*, II, 1988, 211. Identica opinione abbiamo già espresso anche in A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, cit., 630.

¹⁷ Cfr. M. ROMANO, *op. cit.*, sub art. 63, n. 8, 651, il quale tuttavia, nell'insieme, ha ritenuto comunque preferibile optare per una diversa soluzione del problema.

¹⁸ In questo senso v. L. CONCAS, *op. cit.*, 2300; T. Padovani, *op. cit.*, 211.

significative innovazioni applicative, soprattutto sul piano della citata disciplina del concorso omogeneo di circostanze: seguendo tale tesi, infatti, molte delle precedenti circostanze “ad effetto indipendente” dovrebbero essere riqualificate “ad effetto comune”, con la conseguenza che, in caso di concorso con altre circostanze omogenee (anche se con effetti “dipendenti”), dovrebbe farsi ricorso al regime di cui al secondo comma dell’art. 63 c.p. (e quindi non più a quello previsto dai commi successivi)¹⁹.

Proprio in considerazione dell’indubbia rivoluzione sistematica che si sarebbe venuta a determinare con l’adozione di questo primo criterio, altri autori hanno pertanto escluso che la segnalata riforma dell’art. 63 c.p. potesse essere stata sorretta da un esplicito e consapevole intento legislativo di giungere ad un così radicale sconvolgimento del precedente assetto normativo. Si è perciò reputato più plausibile affermare che, nella specie, l’omessa considerazione della precedente tipologia delle circostanze “ad effetto indipendente” potesse essere stata determinata da una mera “svista” legislativa, con conseguente opportunità di continuare a ritenere che tali ipotesi siano tutte implicitamente e tacitamente ricomprese nella più specifica categoria delle circostanze ad effetto speciale. Secondo questa diversa soluzione interpretativa, quindi, tutte le circostanze caratterizzate da una autonoma determinazione edittale della pena configurerebbero sempre delle circostanze “ad effetto speciale”, anche a prescindere dall’entità della concreta variazione di pena²⁰.

La rilevanza sistematica di questa contrapposizione è però rimasta del tutto parziale e limitata, atteso che, a quel momento, non era dato conoscere ipotesi circostanziali caratterizzate da effetti edittali “indipendenti” con incidenza proporzionale rispetto alla pena prevista per il reato-base che risultasse effettivamente inferiore alla soglia del terzo.

In una prima fase, il problema della effettiva portata delle innovazioni conseguenti alla modifica dell’art. 63, comma 3, c.p. venne quindi affrontato dalla giurisprudenza solo con riferimento ad alcuni più specifici dubbi applicativi. In primo luogo, in relazione al problema della ammissibilità, o meno, di una efficacia retroattiva del nuovo disposto normativo: questione, alla fine, risolta in senso affermativo, soprattutto in ragione del carattere meramente definitorio che si ritenne lecito riconoscere al nuovo dettato della seconda parte dell’art. 63, comma 3, c.p.²¹.

Più controversi sono invece risultati altri riflessi di natura prettamente processuale, principalmente legati alla rilevanza che la distinzione fra circostanze “ad effetto speciale” e circostanze “ad effetto comune” ha tradizionalmente assunto anche in relazione alla disciplina della custodia cautelare. A questo riguardo si è infatti ampiamente discusso se le differenze di computo della pena conseguenti alla riformulazione dell’art. 63, comma 3, c.p. dovessero essere fatte valere solo a fini sostanziali, o se viceversa se ne dovesse tenere conto anche agli effetti dell’applicazione delle misure cautelari (attualmente ex art. 278 c.p.p.), ovvero in relazione alla quantificazione del termine di durata massima di queste ultime (ex art. 303 c.p.p.)²². Dopo un altalenante susseguirsi di risposte diverse, le Sezioni Unite della Corte Suprema si sono pronunciate a favore della soluzione affermativa²³, e questo non ha mancato di aprire nuovi

¹⁹ Per un’articolata considerazione delle singole possibili varianti applicative v. L. CONCAS, *op. cit.*, 2298 ss.; G. DE VERO, *Le circostanze del reato al bivio*, cit., 80 ss.; G. FLORA, *op. cit.*, 387 ss.; T. PADOVANI, *op. cit.*, 211 s.

²⁰ Per questa conclusione v. soprattutto G. DE VERO, *Le circostanze del reato al bivio*, cit., 85. Nella manualistica, per tutti, v. altresì G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. P.G.*, 6ª ed., Bologna, 2014, 428; G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale*, P.G., 6ª ed., Milano, 2012, 496.

²¹ Per un quadro complessivo della questione v. R. ZANNOTTI, *Circostanze ad effetto speciale e reati commessi prima della l. 31 luglio 1984 n. 400*, in *Giur. merito*, 1988, II, 1071 ss.; in giurisprudenza, fra le tante, v. Cass. pen., Sez. II, 14 novembre 1984, Melato, in *Cass. pen.*, 1985, 1089; Cass. pen., Sez. I, 7 marzo 1985, Bassano, in *Giust. pen.*, 1985, III, 665; Cass. pen., Sez. I, 13 giugno 1985, Faraone, in *Giust. pen.*, 1986, III, 284.

²² In senso affermativo v. ad esempio Cass. pen., Sez. I, 22 gennaio 1992, Brusca, in *Foro it.*, Rep. 1992, voce *Libertà personale dell’imputato*, n. 5; Cass. pen., Sez. V, 30 ottobre 1995, Crisci, *id.*, Rep. 1996, voce *Misure cautelari personali*, n. 227; Cass. pen., Sez. I, 9 aprile 1996, Manfrè, *ibid.*, n. 226; Cass. pen., Sez. V, 13 marzo 1997, Casile, *id.*, Rep. 1997, voce cit., n. 349. Per l’orientamento contrario v. invece Cass. pen., Sez. VI, 6 marzo 1995, Orefice, *id.*, Rep. 1995, voce cit., n. 292; Cass. pen., Sez. I, 2 aprile 1996, Mendola, *Foro it.*, 1996, II, 706; Cass. pen., Sez. I, 9 aprile 1996, Sanfilippo, *ibid.*; Cass. pen., Sez. I, 20 maggio 1996, Celona, *id.*, Rep. 1996, voce cit., n. 415; Cass. pen., Sez. I, 21 maggio 1996, Aligi, *ibid.*, n. 414; Cass. pen., Sez. I, 23 maggio 1996, Biliardi, *ibid.*, n. 413. Pur risultando astrattamente riconducibile al primo orientamento, una posizione del tutto isolata fu inoltre assunta da Cass. pen., Sez. I, 27 febbraio 1996, Nicastro, in *Foro it.*, 1996, II, 706, secondo la quale, in caso di concorso di più aggravanti ad effetto speciale, si sarebbe dovuto tenere conto della sola ipotesi più grave, posto che tutte le altre circostanze concorrenti, a norma di quanto previsto dall’art. 63, 4° comma, c.p., avrebbero dovuto essere considerate come automaticamente trasformate in circostanze ad effetto comune.

²³ V. Cass. pen., Sez. un., 8 aprile 1998, Vitrano, in *Foro it.*, 1998, II, 772, con nota di riferimenti. Sulla questione v. anche le più ampie considerazioni di G. DE AMICIS, *Sulla rilevanza delle aggravanti ad effetto speciale ai fini della determinazione massima della custodia cautelare*, in *Cass. pen.*, 1997, 144 ss.

motivi di discussione, soprattutto a causa degli “effetti indotti” indirettamente determinatisi sul piano della disciplina processuale sulla competenza²⁴.

Nel corso degli anni successivi non sono ovviamente mancate pronunce più direttamente incentrate sullo stesso problema della classificazione, ai fini della distinzione in esame, di specifiche circostanze aggravanti e/o attenuanti. Così, ad esempio, in più di un’occasione la Cassazione si è pronunciata a favore della natura “ad effetto speciale” di singole ipotesi attenuanti (ed in particolare, di quella all’epoca prevista dall’art. 73, comma 5, d.p.r. n. 309/90, in tema di stupefacenti)²⁵; ovvero di altre ipotesi aggravanti²⁶. La circoscritta valenza “nomofilattica” di questi precedenti era tuttavia legata alle concrete caratteristiche delle circostanze di volta in volta esaminate. In tutti questi precedenti, infatti, si era trattato sempre di circostanze, che avrebbero potuto essere classificate “ad effetto speciale” secondo entrambi i criteri contrapposti, in quanto circostanze ricollegate, sì, ad effetti modificativi di tipo “indipendente”, ma tali, però, da comportare sempre anche una variazione di pena superiore ad un terzo²⁷.

Per questa ragione, per lo meno fino a quel momento, il risultato classificatorio raggiunto dalla Corte Suprema in tutti i casi giudicati non aveva mai consentito di comprendere con sicurezza quale dei due ipotetici criteri fosse stato concretamente avallato dai giudici di legittimità²⁸.

Il problema ha invece assunto un più esplicito e concreto rilievo solo a seguito della riforma dei reati sessuali che fu introdotta con la legge n. 66 del 2006. È solo con questa legge, infatti, che è stata prevista la disciplina delle circostanze aggravanti oggi contenuta all’art. 609-bis, comma 1, c.p., e con la quale, come già precisato, il legislatore ha stabilito l’applicabilità di una (cornice edittale di) pena che, se da un lato non presenta alcun diretto rapporto di dipendenza con la pena del reato-base (si tratta, quindi, di vere e proprie circostanze “indipendenti”), dall’altro è però di entità tale da comportare una variazione in aumento, rispetto a quest’ultima, comunque inferiore al limite “del terzo”. Rispetto a tutte queste circostanze è, quindi, evidente la netta differenza di risultati applicativi che si verrebbe a determinare a seconda dell’opzione per l’uno, ovvero per l’altro, criterio di distinzione²⁹.

Non ostante alcune più circoscritte prese di posizione, nell’ambito dei principali commenti alla nuova disciplina della legge sessuale, la dottrina ha tendenzialmente escluso la legittimità di una classificazione di tutte le ipotesi aggravanti dettate dal primo comma dell’art. 609-ter c.p. quali circostanze “ad effetto speciale”: elemento decisivo, in tal senso, è stato ravvisato proprio nella specifica differenza proporzionale (di fatto pari ad “un quinto”), che (seppur in termini solo ideali ed astratti) emerge dal raffronto fra la pena edittale stabilita per il reato-base e quella diversamente applicabile nel caso di integrazione di dette circostanze aggravanti: né l’innalzamento del minimo edittale da cinque a sei anni, né quello del massimo da dieci a

²⁴ Su questi “effetti indotti” v. in particolare Trib. Palermo 3 dicembre 1998, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, 350, nonché, più diffusamente, L. PARLATO, *Concorso di aggravanti ad effetto speciale, riforma dell’art. 5 c.p.p. e principi costituzionali*, in *Cass. pen.*, 1999, 3608 ss.

²⁵ V. Cass. pen., Sez. IV, 12 dicembre 1997, Vassallo, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Circostanze di reato*, n. 9; Cass. pen., Sez. IV, 1 giugno 1992 Cucinella, in *Riv. Pen.*, 1993, 278; Cass. pen., Sez. IV, 3 luglio 1991, Floccari, in *Foro it.*, Rep. 1992, voce *Stupefacenti*, n. 62.

²⁶ A questo riguardo, v. soprattutto Cass. pen., Sez. I, 3 dicembre 1993, Accardi, *Foro it.*, Rep. 1994, voce *Competenza penale*, n. 61, che si è pronunciata a favore della classificazione quale circostanza “ad effetto speciale” della particolare circostanza aggravante stabilita dall’art. 339, comma 2, c.p., in relazione alla pena prevista ex art. 337 c.p. per il reato di resistenza a pubblico ufficiale. Nella specie, la questione assumeva rilevanza rispetto alla determinazione della competenza per materia, così come all’epoca disciplinata dall’art. 7, comma 2, lett. b, c.p.p. Successive pronunce hanno affermato conclusioni diverse da quelle raggiunte da questa prima sentenza, ma senza mettere in discussione il problema della classificazione “ad effetto speciale” della circostanza in parola: v. ad esempio Cass. pen., Sez. I, 8 gennaio 1996, Voltolina, in *Cass. pen.*, 1997, 2127. Di recente, sempre nel senso della pacifica classificazione quale circostanza “ad effetto speciale” v. Cass. pen., Sez. I, 28 novembre 2012, n. 1656.

²⁷ Così, ad esempio, nel caso della citata aggravante stabilita dall’art. 339, comma 2, c.p., il rapporto fra la pena dettata per il reato di resistenza a pubblico ufficiale (reclusione da sei mesi a cinque anni) e quella applicabile nell’ipotesi aggravata (reclusione da tre a quindici anni) evidenzia comunque una variazione in aumento pacificamente “superiore ad un terzo”. Analoga variazione “superiore ad un terzo” era altresì riscontrabile nella disciplina in materia di stupefacenti nel rapporto fra la pena stabilita all’art. 73, comma 5, d.p.r. n. 309/90, all’epoca riferita a mera circostanza attenuante, e quella viceversa applicabile ai delitti previsti dal primo comma del medesimo art. 73.

²⁸ Questo motivo di incertezza derivava sicuramente anche dal fatto che la maggior parte delle sentenze innanzi citate erano state pubblicate solo “in massima”. Anche nei pochi casi nei quali era stata pubblicata la motivazione non è tuttavia ricavabile alcun elemento in grado di far comprendere quale criterio fosse stato concretamente adottato per la classificazione quali circostanze “ad effetto speciale” delle ipotesi di volta in volta considerate: per un esempio in questo senso v. infatti Cass. pen., Sez. IV, 1 giugno 1992 Cucinella, in *Riv. Pen.*, 1993, 278, che sul punto si limitava a richiamare quanto affermato dalle stesse Sezioni Unite della Cassazione sulla sola natura circostanziale dell’ipotesi di cui all’art. 73, comma 5, d.p.r. N. 309/90 (v. Cass. pen., Sez. Un., 31 maggio 1991, Parisi, in *Foro it.*, 1991, II, 582 ss., con nota di G. GIORGIO).

²⁹ Per un raffronto complessivo delle singole differenze applicative sia consentito rinviare a quanto si è avuto modo di illustrare in A. MELCHIONDA, *Commento all’art. 609-ter c.p. (Circostanze aggravanti)*, in AA. VV., *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di A. Cadoppi, Padova, 4^a ed., 2006, 596 ss.

dodici anni, comportano, infatti, una variazione superiore al terzo³⁰. Per le medesime ragioni, conclusione esattamente opposta è stata viceversa raggiunta rispetto all'ulteriore aggravante di cui al secondo comma della stessa disposizione: inferiore al terzo, nel caso del minimo (elevato a sette anni), l'aumento di pena risulta infatti superiore a tale limite frazionario nel caso del massimo edittale (elevato da dieci a quattordici anni)³¹.

5. Le motivazioni della più recente giurisprudenza favorevole ad una considerazione unitaria di tutte le circostanze "indipendenti".

Come visto, i termini della contrapposizione si riaprono, oggi, proprio a fronte della divergenza interpretativa che la stessa Corte di Cassazione ha ritenuto di manifestare rispetto ai citati precedenti orientati ad escludere la possibilità di considerare unitariamente tutte le circostanze "indipendenti" ed ha, invece, giudicato più corretto inquadrarle tutte, senza distinzioni, tra le circostanze "ad effetto speciale", anche in ipotesi di incidenza modificativa della pena inferiore alla soglia "del terzo"³².

Nel riprendere le considerazioni già prospettate dalla dottrina favorevole a quest'ultima conclusione, la Corte di Cassazione ha invero rimarcato anche altri argomenti, oggi solo sintetizzati dall'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite. Si ricorda, infatti, a tale riguardo, come i sostenitori della tesi favorevole a differenziare la classificazione delle circostanze "indipendenti", tenendo al di fuori delle circostanze "ad effetto speciale" tutte quelle caratterizzate da una variazione modificativa inferiore, vengano in tal modo ad operare uno «smembramento delle circostanze indipendenti in due categorie a seconda della misura della variazione della pena, valorizzando un parametro quantitativo che, per la *ratio* stessa che sorregge da sempre tali circostanze, non avrebbe alcun significato plausibile, per di più strappandone alcune da una sinora assolutamente costante e del resto logica nonché tecnicamente valida comunanza (rimasta intatta nell'art. 69 c.p., comma 4) con le circostanze che importano il mutamento della specie di pena»³³. Secondo il più recente arresto della Cassazione questa soluzione non appare pertanto condivisibile, soprattutto a fronte, così si afferma, della ritenuta necessità di meglio «coniugare il dato letterale con quello teleologico dell'interpretazione, cui il giudice penale può, come ampiamente riconosciuto, ricorrere *toto iure*»³⁴.

Nello sviluppo di questa diversa opzione interpretativa, la Cassazione muove, invero, proprio dall'assunto che con la riforma del 1984 il legislatore abbia «inserito *ex positivo iure* nel catalogo delle circostanze ad effetto speciale quelle con variazione frazionaria, che comportano ... un aumento o una diminuzione della pena superiore ad un terzo, con ciò riconoscendo la validità dell'orientamento dottrinale che, in via interpretativa, assegnava a questa tipologia di circostanze la stessa "efficacia speciale" che l'art. 63 c.p., comma 3, nella versione previgente alla riforma del 1984, assegnava, *ope legis*, alle circostanze comportanti una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato (c.d. circostanze autonome) oppure, in presenza di pene della stessa specie, a quelle per le quali la legge ne determinava la misura in maniera indipendente da quella stabilita per l'ipotesi base del reato (c.d. circostanze indipendenti)»³⁵. «Ciò posto», si

³⁰ Per questa conclusione v. G. AMBROSINI, *Le nuove norme sulla violenza sessuale. Legge 15 febbraio 1996 n. 66*, Torino, 1997, 34; S. DEL CORSO, *Commento all'art. 4 l. n. 66/1996*, in *Legisl. pen.*, 1996, 444; A. MELCHIONDA, *Commento all'art. 609-ter c.p.*, cit., 601 s.; S. MOCCIA, *Il sistema delle circostanze e le fattispecie qualificate nella riforma del diritto penale sessuale (l. 15 febbraio 1996 n. 66): un esempio paradigmatico di sciattezza legislativa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, 408 ss.; V. MUSACCHIO, *Il delitto di violenza sessuale (art. 609-bis c.p.)*, Padova, 1999, 94 e 103. Diversa classificazione è stata invece proposta da S. BELTRANI – R. MARINO, *Le nuove norme sulla violenza sessuale*, Napoli, 1996, 66, ma sulla scorta di una precisazione che non sembra tener conto della nuova formulazione dell'art. 63, comma 3, c.p. L'assunto viene infatti motivato in ragione del fatto che «gli aumenti di pena sono determinati dal legislatore in maniera autonoma, e non rispetto alla pena base prevista per il reato non circostanziato». Per analoga classificazione, ma senza specifica motivazione, v. anche G. MARINI, *Delitti contro la persona*, 2^a ed., Torino, 1996, 305.

³¹ A favore della natura "ad effetto speciale" di questa ulteriore aggravante v. G. AMBROSINI, *op. cit.*, 36; S. DEL CORSO, *op. cit.*, 444; A. MELCHIONDA, *Commento all'art. 609-ter c.p.*, cit., 148; S. MOCCIA, *op. cit.*, 405. *Contra* v., invece, M. VESSICHELLI, *Violenza sessuale. Come cambia il codice penale*, in *Guida al diritto*, 2 marzo 1996, n. 9, 24.

³² V. Cass. pen., Sez. III, 23 marzo 2016, n. 31418, T.F.

³³ V. Cass. pen., Sez. III, 23 marzo 2016, n. 31418, T.F.

³⁴ V. Cass. pen., Sez. III, 23 marzo 2016, n. 31418, T.F., richiamandosi all'uopo a Cass. pen., Sez. 3, 12 giugno 2008, n. 37282, Naso, CED Rv. 241068; e Cass. pen., Sez. 3, 21 novembre 1995, n. 3986, Lazzarini, CED Rv. 203936.

³⁵ V. Cass. pen., Sez. III, 23 marzo 2016, n. 31418, T.F.

osserva, «le circostanze c.d. “indipendenti”, pur non essendo più menzionate dall’art. 63 cod. pen., possono essere considerate tacitamente ricomprese nell’ambito di operatività della norma, non essendo diventate, con una differenziazione che sarebbe incomprensibile rispetto alle circostanze autonome, indifferenti al regime di regolamentazione della pena secondo i criteri fissati per il concorso di (tutte le) circostanze dall’art. 63 cod. pen., non potendosi ritenere, come unanimemente riconosciuto, che il legislatore abbia inteso trasformare, in siffatti casi, le circostanze indipendenti alla stregua di elementi costitutivi di (nuove) figure autonome di reato ed essendo doveroso registrare come la modifica non abbia interessato né le norme di parte speciale e neppure l’art. 69 c.p., comma 4, che, in tema di giudizio di comparazione, continua a nominare, anche dopo la novella che ha interessato tale ultima disposizione ai sensi della L. 5 dicembre 2005, n. 251, art. 3, “ogni altra circostanza per la quale la legge (...) determini la misura della pena in modo indipendente da quella ordinaria del reato”³⁶. «Ed infatti», si aggiunge, «se le circostanze indipendenti non rientrassero più, neppure tacitamente, nell’orbita disegnata dall’articolo 63 cod. pen., il loro regime, nel caso di concorso, rimarrebbe privo di qualsiasi regolamentazione e un tale approdo (non invece una interpretazione che, assecondando la volontà della legge, riporti a sistema la disciplina) comporterebbe uno strappo, non ricucibile, del principio di legalità perché l’art. 63 cod. pen., nella sua interezza e in linea con la *ratio legis* che lo sostiene, presuppone una regolamentazione compiuta di tutte le circostanze aggravanti o attenuanti, incidendo ciò sulla misura e legalità della pena»³⁷.

Come è dato evincere da queste premesse, secondo la Cassazione, la ragione principale che spinge oggi a rigettare l’impostazione avallata in precedenti sentenze sarebbe quindi focalizzata nel ritenuto rispetto del principio di legalità, che si verrebbe viceversa a violare, in caso di concorso omogeneo, sia escludendo *tout court* le circostanze “indipendenti” dalla disciplina dell’art. 63 c.p., sia, invero, assoggettando tali circostanze (anche se il discorso varrebbe solo per quelle con variazione edittale inferiore, o uguale, ad un terzo) al regime di computo della pena prescritto per le sole circostanze a variazione frazionaria dall’art. 63 c.p., comma 2, c.p.; regime, peraltro, che si considera in concreto non correttamente utilizzabile, perché postulerebbe «l’indifferenza di un ordine di computo di due o più circostanze (tutte con variazione frazionaria)».

In tale situazione, valutata anche alla luce di alcune indicazioni che si ritengono apprezzabili dai lavori preparatori del codice penale, la Cassazione ha quindi affermato, che «l’esigenza di coordinamento e di razionalità del sistema consente ... di ritenere condivisibile la tesi secondo cui il legislatore abbia nominato espressamente nella prima parte dell’art. 63 c.p., comma 3, le circostanze ad effetto speciale, conferendo ad esse (ossia ad una categoria già collaudata come ovvio equipollente delle circostanze c.d. indipendenti) una legittimazione di diritto positivo, procedendo poi alla definizione “autentica”, racchiusa nella seconda parte dell’alinea e diretta semplicemente a risolvere la *vexata quaestio* ossia di stabilire quali altre circostanze, al di là di quelle “indipendenti”, dovessero considerarsi partecipi della natura della disciplina delle circostanze “ad effetto speciale”. Il legislatore del 1984 non ha quindi inteso, non essendovene traccia, rimodulare i contenuti della disciplina su basi assolutamente inedite e, dando per scontato che il nucleo essenziale della categoria nominata coincidesse con le circostanze indipendenti, è come se, con il nuovo art. 63 c.p., comma 3, dicesse che sono circostanze ad effetto speciale, oltre a tutte quelle indipendenti, “anche” quelle frazionarie che importano un aumento o una diminuzione della pena superiore a un terzo»³⁸. Anche senza dare particolare rilievo all’ipotesi segnalata da alcuni autori di una possibile “svista” del legislatore, la Cassazione giunge così «alla conclusione secondo la quale le circostanze c.d. “indipendenti” che importano una pena autonoma rispetto a quella stabilita per il reato semplice non siano più neppure tacitamente ricomprese nell’ambito di operatività dell’art. 63 cod. pen., con la conseguenza che tutte le circostanze indipendenti, in quanto già in precedenza e senza contrasti ritenute ad efficacia speciale o ad effetto speciale, continuano ad essere, seppure tacitamente, disciplinate, esattamente come in passato, dall’art. 63 cod. pen.»³⁹.

Questa conclusione viene infine considerata più plausibile e conforme al principio di legalità anche in ragione di un’ultima considerazione. «Mentre le circostanze per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato non hanno un espli-

³⁶ V. Cass. pen., Sez. III, 23 marzo 2016, n. 31418, T.F.

³⁷ V. Cass. pen., Sez. III, 23 marzo 2016, n. 31418, T.F.

³⁸ V. Cass. pen., Sez. III, 23 marzo 2016, n. 31418, T.F.

³⁹ V. Cass. pen., Sez. III, 23 marzo 2016, n. 31418, T.F.

cito riconoscimento testuale della loro autonomia, peraltro tipica ed anch'essa intrinseca del meccanismo di permutazione della specie della pena, le circostanze c.d. indipendenti hanno ... siffatta caratteristica che deriva loro anche dal segno linguistico adoperato dal legislatore (ex art. 69 c.p., comma 4) per contrassegnarle e per consentire all'interprete di definirle attribuendo il significato che la legge penale le assegna nel sistema, senza necessità di scomporle in due categorie posto che la legge penale non le smembra e le considera unitariamente»⁴⁰. Da ciò consegue, secondo la Cassazione, «che è compito dell'interprete assegnare alla categoria stessa il suo significato nel sistema penale, posto che il suo riconoscimento e la sua validità sono fuori discussione. Si deve conseguentemente osservare che quando il legislatore, tipizzando una circostanza, determina la pena in misura indipendente da quella ordinaria stabilita per il reato, assegna al regolamento sanzionatorio, che non è più quello previsto per il reato-base ma quello segnato dai limiti edittali di pena stabilita per il reato circostanziato, un trattamento autonomo, proprio perché indipendente, da quello ipotizzato per il reato semplice, con la conseguenza che, agli effetti penali, rileva, di per sé, la cornice edittale del reato circostanziato. Ciò si spiega in base al fatto che, per ragioni di politica criminale, il legislatore, quando non intenda configurare circostanze con variazione di pena frazionaria, può dare ingresso a fattispecie di reato circostanziato con determinazione della pena di specie diversa o indipendente da quella ordinaria del reato o può ritenere preferibile strutturare fattispecie come ipotesi autonome di reato: nel primo caso consente, attraverso il giudizio di valenza, che dalla pena (autonoma o indipendente) del reato circostanziato si passi a quella del reato semplice e nel secondo caso lo esclude»⁴¹.

In ragione di tutte queste considerazioni, secondo la Cassazione è, quindi, possibile affermare «che, per la natura indipendente del trattamento edittale del reato circostanziato rispetto al reato-base, le circostanze "indipendenti" hanno ontologicamente un effetto speciale che è *in re ipsa* e consiste nella forza di resistenza, vincibile solo a seguito dell'esito del giudizio di bilanciamento tra circostanze, che la cornice edittale di riferimento possiede in quanto di per sé autonoma rispetto a quella prevista per il reato semplice. Come logica conseguenza deriva che, ai fini sostanziali e processuali, la pena che viene così considerata rilevante, in relazione agli effetti giuridici di volta in volta producibili, è sempre e soltanto quella che è determinata dal reato circostanziato, la cui caratteristica strutturale è di determinare la pena in misura indipendente da quella stabilita dal reato alla quale la circostanza stessa accede. Tale regola vale ovviamente anche per gli effetti processuali che essa produce tutte le volte in cui la legge assegna rilevanza alle circostanze ad effetto speciale, come in tema di determinazione della competenza (art. 4 c.p.p.), in tema di determinazione della pena agli effetti dell'applicazione delle misure cautelari (art. 278 c.p.p.) o in tema di determinazione della pena per procedere all'arresto in flagranza (art. 379 c.p.p.)⁴². Logico quindi ritenere – questa, come detto, era la questione che ha portato alla segnalata rivalutazione della problematica e questa è, pertanto, anche la segnalata conclusione della Corte Suprema – che le aggravanti di cui all'art. 609-ter, comma 1, c.p., stabilendo la pena in misura indipendente da quella ordinaria prevista dal reato-base (art. 609-bis c.p.) assumono rilevanza obbligatoria e diretti anche ai fini del calcolo

⁴⁰ V. Cass. pen., Sez. III, 23 marzo 2016, n. 31418, T.F.

⁴¹ V. Cass. pen., Sez. III, 23 marzo 2016, n. 31418, T.F., che, a sostegno di questa considerazione, cita come esempio «l'evoluzione storica della fattispecie, comportante la previsione di una pena indipendente da quella prevista per il reato-base, di cui al D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, art. 73, comma 5, che è stata pacificamente ritenuta, in precedenza, come circostanza attenuante (sia pure ad effetto speciale), sino a quando il legislatore, con il D.L. 23 dicembre 2013, n. 145, ha ristrutturato la disposizione configurando il fatto di lieve entità in materia di sostanze stupefacenti come ipotesi autonoma di reato ed essendo stato a ciò indotto dalla necessità di porre rimedio alla drammatica situazione di sovraffollamento degli istituti penitenziari». La trasformazione perciò della fattispecie in ipotesi autonoma di reato avrebbe consentito «di evitare tali esiti, pienamente cogliendosi, in tale specifico caso, la scelta di politica criminale di strutturare una fattispecie come ipotesi autonoma di reato e non come circostanza che determina la pena in misura indipendente da quella ordinaria del reato».

⁴² V. Cass. pen., Sez. III, 23 marzo 2016, n. 31418, T.F. Nella più specifica valutazione delle circostanze tipizzate nell'art. 609-ter c.p. la Cassazione sottolinea inoltre anche il fatto che il legislatore abbia annoverato la norma che declina tali circostanze «unitamente ad altre norme che configurano, in materia di delitti contro la libertà sessuale, fattispecie di reato autonome, alle quali le dette circostanze indubbiamente accedono, e ciò a proposito della disciplina circa la scusabilità o meno dell'ignoranza dell'età della persona offesa (art. 609-sexies), della procedibilità (art. 609-septies), della disciplina delle pene accessorie e degli altri effetti penali della condanna (art. 609-nonies)». Secondo la Cassazione, quindi, «pur al cospetto di una tecnica legislativa che, quanto all'art. 609-ter cod. pen., utilizza una terminologia impropria ("quando i delitti previsti dagli articoli... 609-ter..."), posto che la norma di qua contiene solo elementi circostanziali, sia pure caratterizzati dal fatto di determinare la pena in misura indipendente da quella ordinaria del reato, e nessuna ipotesi delittuosa autonoma, il riferimento (al "delitto di cui all'art. 609-ter cod. pen.") può apparire maggiormente comprensibile se si considera che le circostanze indipendenti, per le caratteristiche intrinseche in precedenza ricordate, si avvicinano, quanto alla determinazione indipendente della pena, alla disciplina propria delle figure autonome di reato, pur conservando, come più volte osservato, la natura accessoria rispetto al reato semplice, cui accedono, e la possibilità di essere neutralizzate dal giudizio di comparazione».

della prescrizione⁴³.

6. Una prima opinione (non “faziosa”, ma “di parte”) a sostegno della soluzione contraria.

Un dovere di onestà argomentativa impone a chi scrive di ricordare e riconoscere subito la già manifestata e convinta presa di posizione a sostegno della tesi opposta⁴⁴.

Orbene, lungi da qualunque atteggiamento di “faziosità” argomentativa, anche a fronte di questa nuova occasione di contrasto interpretativo e degli ulteriori argomenti sopra richiamati, pare ancora lecito e fondato esprimere una esplicita adesione alla tesi che porta ad escludere la possibilità di ammettere una considerazione unitaria delle c.d. circostanze “indipendenti”, così classificandole quali circostanze “ad effetto speciale” anche nel caso di circostanze caratterizzate dalla previsione di una cornice edittale “indipendente” rispetto a quella prevista per il c.d. reato-base, ma con effetti modificativi proporzionalmente inferiori alla variazione di un terzo.

Ancorché molto bene illustrati e valorizzati, gli argomenti addotti a sostegno della tesi contraria da parte di questa recente sentenza della Cassazione non paiono, in effetti, fondati e condivisibili.

Le ragioni del dissenso sono sostanzialmente queste.

6.1. L’insussistenza di una “specificità di ratio” delle circostanze c.d. “indipendenti”.

L’idea che la tesi oggi abbandonata venga ad operare uno «smembramento» delle circostanze indipendenti valorizzando un parametro quantitativo «che, per la *ratio* stessa che sorregge da sempre tali circostanze, non avrebbe alcun significato plausibile», non è condivisibile proprio perché, al contrario, è la stessa genesi normativa di siffatta tipologia di circostanze che non consente di apprezzare l’esistenza di tale asserita specificità ed unitarietà di “*ratio*”. A questo riguardo è anzi proprio la complessiva ricostruzione storica della disciplina italiana delle circostanze che fornisce indicazioni illuminanti in tal senso.

Nel corso dei lavori preparatori del Codice penale del 1930, la scelta di predisporre una disciplina *ad hoc* per le circostanze caratterizzate da variazioni di pena indipendenti (per qualità e/o per quantità) da quella del reato semplice fu, infatti, determinata dalla sola esigenza di evitare quelle incongruenze di computo della pena, che, così come era emerso con chiarezza nel corso della legislazione previgente⁴⁵, si sarebbero altrimenti riscontrate in tutti i casi di concorso (omogeneo od eterogeneo) di più circostanze⁴⁶. In piena coerenza con questi presupposti, gli stessi compilatori del codice ribadirono perciò che: «pena diversa significa pena diversa *per specie*; pena indipendente, significa pena della stessa specie, ma comminata senza

⁴³ V. Cass. pen., Sez. III, 23 marzo 2016, n. 31418, T.F.

⁴⁴ V. A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, cit., 700 ss., testo al quale viene qui fatto rinvio anche per ulteriori approfondimenti rispetto a quanto di seguito esposto circa le ragioni che reputiamo apprezzabili a maggiore fondamento della tesi sostenuta.

⁴⁵ In relazione a questa passata esperienza rinviamo a quanto esposto in A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, cit., 458 ss.

⁴⁶ I problemi di calcolo della pena concreta erano infatti identici, tanto nel caso di concorso con circostanze caratterizzate da una variazione per frazioni o multipli della pena-base, quanto in quello di concorso di più circostanze, per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa, ovvero “indipendente” da quella ordinaria. Questa seconda eventualità fu in effetti dimenticata in sede di redazione del Progetto preliminare; la lacuna fu tuttavia integrata, nell’ambito del successivo Progetto definitivo, mediante l’aggiunta degli attuali quarto e quinto comma dell’art. 63 c.p. Il punto assunse, fra l’altro, particolare importanza, in quanto fu proprio in relazione a questo specifico problema che, con una precisazione più volte riportata anche dalla successiva letteratura, il Ministro Alfredo Rocco diede atto delle ragioni che indussero a non riproporre il criterio del cumulo materiale altrimenti previsto per tutte le altre circostanze. A tale riguardo precisò, infatti, che: «il legislatore, nel regolare tali circostanze, ha già presa in considerazione la maggiore complessiva gravità del fatto, allorché ha stabilito una pena, la quale non si riferisce soltanto alla causa aggravatrice, bensì al fatto nel suo complesso. Era quindi da escludere che tale fatto potesse, agli effetti della pena, essere valutato, a carico del colpevole, più volte in correlazione a ciascuna delle aggravanti. / Identico ragionamento può farsi, evidentemente, per le attenuanti di tal genere» (*Relazione sul Libro 1° del Progetto*, in *Lavori preparatori*, cit., V, 1^a, 121).

rapporto di proporzione aritmetica con quella stabilita in via ordinaria»⁴⁷.

Sviluppando logicamente questi criteri, fra le circostanze caratterizzate da un vero e proprio mutamento “qualitativo” della specie di pena potevano pertanto ricomprendersi: *a*) le circostanze che comportano l’applicazione di una pena di specie diversa (es.: artt. 576 e 577, in relazione all’art. 575 c.p.); *e*: *b*) quelle che aggiungono alla pena del reato semplice l’applicazione di una sanzione ulteriore (es.: art. 393, comma 2, c.p., in relazione alla pena del primo comma); ma così anche: *c*) quelle che rendono obbligatoria una sola delle pene previste in via alternativa dal reato-base (es.: art. 465, comma 2, c.p., in relazione alle pene del primo comma); ed infine: *d*) quelle che rendono congiuntamente applicabili le pene previste solo come alternative dal reato-base (es.: artt. 481 comma 2, e 570 comma 2, c.p., in relazione alle pene previste dal primo comma delle rispettive disposizioni)⁴⁸.

Fermo questo primo insieme di ipotesi, il settore delle circostanze ad effetto “indipendente” veniva inoltre a ricomprendere due ulteriori tipologie generali; e cioè: *e*) i casi di previsione autonoma di nuovi limiti edittali; *f*) e quelli di fissazione – in linea di ipotesi, anche secondo parametri di tipo matematico – di un diverso limite minimo, o di un diverso limite massimo di pena⁴⁹. Al di là di qualunque diversa considerazione argomentativa, l’esattezza di tale classificazione risulta direttamente confermata dal fatto che, in tutti questi casi, nell’eventualità di un concorso con una circostanza “non indipendente”, non si sarebbe potuto dare applicazione all’ordinario regime di computo previsto dai primi due commi dall’art. 63 c.p. Questa fu, comunque, anche la conclusione raggiunta dai primi studi – pur con qualche disparità di opinioni sulle ipotesi da ultimo ricordate –, ed in seguito accolta dall’opinione rimasta senz’altro prevalente⁵⁰.

La diversa previsione di criteri matematici agevolmente inquadrabili nel meccanismo di computo della pena di cui al primo ed al secondo comma dell’art. 63 c.p., imponeva, quindi, di ricomprendere nel contrapposto settore delle circostanze caratterizzate da effetti modificativi “dipendenti” dalla misura ordinaria della pena tutte le rimanenti ipotesi fondate su di una mera variazione frazionaria o proporzionale, ed in particolare: *a*) le ipotesi nelle quali, in forza delle comuni regole degli artt. 64, comma 1 e 65, comma 1 n. 3 c.p., la circostanza comporti una variazione frazionaria “fino ad un terzo”; *b*) tutti gli ulteriori casi di variazione frazionaria elastica diversa da quella “ordinaria” (es.: “fino alla metà”); *c*) i casi di variazione frazionaria a sua volta circoscritta fra un minimo ed un massimo (es.: “da un terzo alla metà”); *d*) ed, infine,

⁴⁷ Questa la già ricordata precisazione fornita dall’On. Appiani, in *Lavori preparatori*, cit., IV, 1^a, 69. L’indicazione era d’altronde importante anche al fine di una parallela delimitazione del significato attribuibile al più generico disposto del primo comma dell’art. 63 c.p.: il riferimento, contenuto in quest’ultima disposizione, ai casi in cui «la legge dispone che la pena sia aumentata o diminuita entro limiti determinati» si sarebbe infatti prestato ad un diretto coinvolgimento anche delle circostanze caratterizzate da una autonoma rideterminazione dei limiti edittali della pena.

⁴⁸ Per quanto meno evidente, l’inquadramento fra le circostanze ad effetto autonomo e/o indipendente dei casi *sub c*) e *d*) si rende inverosimile del tutto evidente proprio alla luce della sostanziale impossibilità (o comunque dell’incongruenza), in caso di concorso omogeneo con circostanze caratterizzate da una variazione frazionaria di pena, di tener conto dei relativi effetti modificativi in un momento successivo al calcolo delle variazioni di pena conseguenti alle ipotesi concorrenti. Analogamente, una specifica esemplificazione del caso indicato *sub a*) poteva (e può) sicuramente ravvisarsi anche nella disciplina prevista in via ordinaria dall’art. 65, comma 1, nn. 1 e 2, c.p., così come in quella prevista dall’art. 67 comma 1, nn. 1 e 2, c.p.

⁴⁹ L’ipotesi di variazione secondo parametri matematici di uno solo dei due limiti edittali di pena non ci pare, peraltro, abbia avuto concreto riscontro normativo. In alcuni casi, tale limitata correzione è invece disposta solo per una delle sanzioni congiuntamente previste per il delitto base, mentre per l’altra si provvede ad indicare in forma del tutto “indipendente” la variazione indotta dalla circostanza.

⁵⁰ In senso conforme allo schema indicato v. ad esempio quanto fu subito posto in rilievo da E. FLORIAN, *Dei reati e delle pene in generale*, in AA. VV., *Trattato di diritto penale*, coordinato da E. Florian, 2^a ed., vol. I -1^a, Milano, 1910; 4^a ed., vol. I -2^a, Milano, 1934, 870; C. SALTELLI – E. ROMANO DI FALCO, *Commento teorico-pratico del nuovo codice penale*, vol. I, 2^a ed., Torino, 1940, 451; ed in seguito da B. COCURRELLO, *Le circostanze del reato*, Napoli, 1940, 503. Parzialmente diversa risultò invece la soluzione adottata da V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano secondo il codice penale del 1930*, 5^a ed., Torino, 1981, II, 320, il quale esclude la sussistenza di una variazione indipendente di pena «quando un’aggravante, lasciando inalterato il minimo della pena, determina un massimo più elevato di quello stabilito per il delitto semplice, o quando due pene sono prevedute alternativamente per il reato semplice, e per il reato aggravato è comminata solo la pena detentiva anche se superiore soltanto nel minimo». L’autore non fornì una giustificazione specifica di questa opinione; quanto meno nel primo caso considerato, pare tuttavia lecito pensare ad una ritenuta analogia con l’effetto “comune” della variazione frazionaria, e con la conseguente possibilità di mantenere pressoché immutato il minimo edittale della pena aggravata. In tempi più recenti, l’indubbia peculiarità di questa soluzione interpretativa è stata opportunamente rilevata da V. D’ASCOLA, *Sulla rilevanza*, cit., 993, il quale, tuttavia, ha tratto da ciò spunto per contestare lo stesso fondamento generale della distinzione in parola. Tale opinione è stata comunque parzialmente ripresa anche da M. ROMANO, *Commentario*, cit., I, *sub art.* 63, n. 7, il quale però, pur ritenendo escluse dalla categoria delle circostanze “ad effetto speciale” «le aggravanti che non determinano un massimo più elevato pur elevando il minimo o quelle che importano l’applicazione congiunta delle pene comminate in alternativa per il reato semplice (es. art. 633, comma 2), o il raddoppio delle pene (es. art. 501, comma 3)», ha diversamente ricompreso in tale originaria classificazione «le circostanze aggravanti che, pur non modificando il minimo, determinano un massimo più elevato del reato semplice (es. art. 265, comma 2), o le aggravanti che importano la sola pena detentiva a fronte dell’alternativa tra pena detentiva (con minimo inferiore) e pena pecuniaria nella forma semplice (es. art. 688, comma 2)».

tutti i casi di variazione della pena secondo frazioni o multipli fissi (es.: aumento o diminuzione “di un terzo”, “della metà”, “del doppio”, etc.).

Nell'economia del nuovo sistema legislativo l'adozione, o meno, di un criterio prettamente matematico di variazione della pena si offrì, pertanto, quale utile strumento tecnico per una più ordinata ed articolata puntualizzazione delle conseguenze sanzionatorie di volta in volta previste per ogni singola circostanza: ferma la sostanziale identità di effetti conseguenti all'integrazione di una sola ipotesi⁵¹, l'alternativa fra la previsione di autonomi limiti edittali e la determinazione di questi ultimi per mezzo di parametri quantitativamente dipendenti dalla pena del reato-base consentiva, infatti, di differenziare il regime di volta in volta ritenuto più adeguato in caso di concorso con altre circostanze (tanto di valore omogeneo, quanto eterogeneo)⁵².

In linea di massima tali presupposti avrebbero potuto rivelarsi di una certa utilità anche ai fini di una più precisa distinzione fra il settore delle circostanze e quello dei c.d. elementi costitutivi. Forse non avvertendo l'importanza del problema, gli stessi compilatori del codice hanno tuttavia parzialmente contribuito a “contaminare” il significato di tale specifico criterio, adottando soluzioni del tutto analoghe anche in casi indubitabilmente corrispondenti ad autonome figure di reato⁵³, e soprattutto fornendo alcune precisazioni che, nel corso del successivo dibattito scientifico, hanno dato la stura ad una serie di illazioni interpretative che si sono riversate con un effetto, a dir poco, dirompente sulla linearità della complessiva sistemica codicistica.

Nel dar conto delle originarie ragioni di esclusione dal giudizio di bilanciamento delle circostanze a variazione “indipendente” si accennò, infatti, anche all'idea di una ritenuta inopportunità di ammettere l'applicazione della corrispondente disciplina, «non soltanto quando una particolare circostanza divenga elemento costitutivo speciale di un determinato reato e quindi faccia mutare il titolo del reato; ma anche quando essa, pur non facendo mutare il titolo del reato, ne muti la qualità (e non soltanto la quantità), dimodoché ci si trovi dinanzi ad una sottospecie o sub-titolo del reato medesimo»⁵⁴. In questo riferimento ad una contrapposizione fra “qualità” e “quantità” del reato è certamente possibile cogliere il riflesso di reminiscenze concettuali di carrariana memoria che, al di là delle illusioni dogmatiche del tempo, si sono rivelate prive di concreto valore euristico⁵⁵. Da tale precisazione scaturiva tuttavia un insieme di indicazioni che, proprio per la genericità dei dati riferiti, risultava (ed è in effetti risultato anche in seguito) parzialmente fuorviante.

In questo momento non è tuttavia necessario scendere ad una più approfondita disamina anche di queste implicazioni⁵⁶. Ciò che qui preme ribadire è solo il fatto che, non ostante la saltuaria, ma ancora ricorrente tendenza a valorizzare in chiave “ontologica” determinati aspetti caratteristici di alcune tipologie di circostanze, tutto ciò non vanta alcun fondamento reale.

Al contrario, alla luce di quanto emerge dalla stessa ricostruzione storica della disciplina italiana delle circostanze non è dato cogliere profili che consentano di valorizzare tale asserita specificità di “ratio” neppure con riguardo alle stesse circostanze che comportino una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato (c.d. circostanze autonome): come già visto, infatti, ancorché entrambe queste due tipologie di circostanze fossero originariamente accomunate

⁵¹ Rispetto, ad esempio, ad un reato punito con la pena della reclusione da tre mesi a tre anni, era sostanzialmente indifferente che, per un'eventuale aggravante, si stabilisse una variazione in aumento di un terzo, o della metà, o del doppio, oppure che, in alternativa a ciò, si prevedesse una nuova ed autonoma cornice edittale, pari, rispettivamente, alla reclusione da quattro mesi a quattro anni, oppure da quattro mesi e quindici giorni a quattro anni e sei mesi, oppure ancora da sei mesi a sei anni. Analoga equipollenza pratica di effetti poteva inoltre riscontrarsi anche nel rapporto fra la modificazione in misura autonoma di un solo limite edittale (ad esempio, nel caso ipotizzato, spostamento del solo massimo di pena a quattro anni), e l'ordinaria previsione di una variazione frazionaria elastica (es.: aumento “fino ad un terzo”). Rispetto a quest'ultima eventualità, un'opinione consolidata ha sempre ravvisato un elemento di specificità della disciplina delle circostanze ad effetto comune, nella pur ovvia necessità di tenere conto della portata obbligatoria di quest'ultima variazione frazionaria, procedendo, quanto meno, ad aumentare, o diminuire, anche di un solo giorno il limite edittale minimo della pena del reato-base.

⁵² In caso di concorso omogeneo si offriva infatti l'alternativa fra il cumulo materiale disposto dall'art. 63, comma 2, c.p., od il cumulo giuridico previsto dal quarto e dal quinto comma della medesima disposizione; in caso di concorso eterogeneo l'alternativa era invece legata alla possibilità, o meno, di procedere ad un bilanciamento delle circostanze concorrenti.

⁵³ A questo riguardo v. in particolare quanto originariamente previsto dagli artt. 322 c.p. (istigazione alla corruzione), 377 c.p. (subornazione), 464 c.p. (uso di valori bollati o contraffatti), 482 c.p. (falsità materiale commessa dal privato), etc.

⁵⁴ *Relazione sul Libro 1° del Progetto*, in *Lavori preparatori*, cit., V, 1^a, 126.

⁵⁵ In termini giustamente critici sul rilievo che tale riferimento ha per lungo tempo mantenuto nell'impostazione della dottrina italiana, v. soprattutto le precisazioni di G. CONTENUTO, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, Napoli, 1963, 88 ss.

⁵⁶ Sul punto sia quindi consentito ancora il rinvio a A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, cit., 709 ss., con conclusioni che riteniamo di poter ribadire anche rispetto a più recenti opinioni nuovamente orientate alla valorizzazione di elementi differenziali interni alla categoria: in questo senso v. L. PELLEGRINI, *Circostanze del reato: trasformazioni in atto e prospettive di riforma*, Firenze, 2014, 193 ss.

nel divieto di bilanciamento previsto dalla formulazione iniziale dell'art. 69 c.p., la disciplina per esse previste rispondeva solo ad una logica del tutto contingente e di ordine sistematico che era stata seguita dal legislatore del 1930 in un'ottica di diversificazione delle tecniche di previsione e delimitazione delle cornici edittali di pena, ma del tutto al di fuori di alcun fondamento vincolante. Per questa medesima ragione la pur "rivoluzionaria" riforma introdotta nel 1974, che ha sostanzialmente fatto cadere ogni precedente preclusione, ha solo inciso sull'ampiezza complessiva degli spazi edittali "praticabili" dal giudice in caso di concorso eterogeneo di circostanze, ma non ha inquinato o alterato la dimensione complessiva della categoria delle circostanze.

Da questo punto di vista, pertanto, il fatto che la formulazione vigente dell'art. 69 c.p. faccia ancora menzione delle circostanze "indipendenti", accomunandole invero a quelle "autonome", rimane aspetto privo di qualunque rilevanza sistematica ulteriore (l'inciso potrebbe, in effetti, essere anche eliminato), proprio perché nel confermarne il comune assoggettamento al giudizio di bilanciamento tale disposizione non fa che sottolineare una identità di disciplina che è così comune a tutte le circostanze; e, quindi, anche a quelle "non indipendenti" e "non autonome". E questo è parimenti apprezzabile anche a fronte della pur sempre più ricorrente tendenza legislativa a sottrarre alcune ipotesi circostanziali allo stesso meccanismo del c.d. giudizio di bilanciamento⁵⁷. Nell'assenza di espresse previsioni di legge, non è possibile muovere da asserite peculiarità "qualitative" di tali specifiche ipotesi circostanziali per andare oltre ciò che la legge non ha previsto.

6.2.

La riforma del 1984 e la conseguente delimitazione "ex lege" delle circostanze "ad effetto speciale".

Poco plausibile appare inoltre anche l'assunto in forza del quale si afferma, che con la riforma del 1984 il legislatore avrebbe inteso riconoscere la maggior validità dell'orientamento dottrinale che, in via interpretativa, inquadrava tra le circostanze ad "efficacia speciale", unitamente alle c.d. circostanze autonome ed alle c.d. circostanze indipendenti, anche le circostanze con variazione frazionaria superiore ad un terzo.

Il passaggio merita tuttavia di essere meglio approfondito.

Come già ricordato, la genesi della riforma del 1984 risulta essere stata ispirata da esigenze ed obiettivi di tenore prettamente processuale e ciò pare invero confermato proprio dalla lacunosa ambiguità, che la nuova definizione di "circostanze ad effetto speciale" ha così disvelato rispetto ai problemi di ordine penale sostanziale che già contraddistinguevano quella precipua tipologia di circostanze.

Per quanto è dato sapere, l'orientamento dottrinale evocato dalla Corte di Cassazione era invero riferibile alla posizione sostenuta solo da alcuni, pur autorevoli, studiosi della materia, i quali, in tempi precedenti alla riforma apportata nel 1974 all'art. 69, muovendo dal presupposto di una asserita necessità di limitare il giudizio di bilanciamento a circostanze caratterizzate da una piena omogeneità quantitativa, avevano proposto di circoscrivere l'area delle circostanze "ad efficacia comune" a quelle sole ipotesi «il cui effetto sia limitato alla modifica tipicizzata dagli artt. 64 e 65 n. 3 c.p.»: a quelle, cioè, «che si limitino ad aumentare o diminuire la pena prevista per il reato fino al terzo»⁵⁸.

Nel contesto complessivo del dibattito così evocato dalla Cassazione, si tratta tuttavia di opinioni rimaste sostanzialmente isolate e che non appaiono oggi suscettibili di assumere rinnovata vitalità proprio a fronte della ormai consolidata modifica dell'art. 69 c.p. e della conseguente estensione del giudizio di bilanciamento anche a circostanze caratterizzate da effetti modificativi di differente peso, non solo quantitativo, ma financo qualitativo (nel caso delle circostanze indipendenti).

Anche senza porre in diretta correlazione la riforma del 1984 con tali più remote opinio-

⁵⁷ Su questa tendenza v. A. PECCIOLI, *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, Genova, 2008. Per una rinnovata considerazione critica di ipotizzati rilievi sistematici di questa tendenza legislativa, sia permesso rinviare a A. MELCHIONDA, *La disciplina italiana delle circostanze del reato, tra ambiguità storiche, disarmonie funzionali e prospettive di ricostruzione*, in AA.VV., *Attualità e storia delle circostanze del reato. Un istituto al bivio tra legalità e discrezionalità*, a cura di R. Bartoli e M. Pifferi, Milano, 2016, 252 ss.

⁵⁸ G. MARINI, *Le circostanze*, cit., 188 e nota. In senso analogo, v. altresì G. BOSCARRELLI, *Compendio di diritto penale*, 6ª ed., Milano, 1988, 187 ss. e, in seguito, V. D'ASCOLA, *Sulla rilevanza*, cit., 986. La tesi portava ovviamente ad un restringimento della sfera di applicazione del giudizio di bilanciamento delle circostanze.

ni dottrinali, nella sostanza risponde però al vero il fatto che oggi, proprio per effetto della modifica apportata nel 1984 al testo dell'art. 63, comma 3, c.p., il legislatore ha indicato il limite della variazione di pena "superiore ad un terzo" quale esplicito (ed anche unico) criterio normativo di delimitazione della categoria delle circostanze "ad effetto speciale". La mancata considerazione legislativa, in questo ambito di disciplina, delle circostanze c.d. "indipendenti" deve quindi essere valutata in questo nuovo ed esclusivo orizzonte di delimitazione normativa.

È, perciò, solo in questa più specifica prospettiva che occorre adeguatamente riflettere sulle ulteriori questioni che vengono oggi sollevate dalla Cassazione, laddove pone in rilievo la considerazione delle diverse ricadute applicative che le due tesi contrapposte giungono a comportare rispetto alle regole di computo concreto delle modifiche aggravanti e/o attenuanti, soprattutto in caso di concorso omogeneo di più circostanze.

Orbene, come visto, a questo riguardo la maggiore fondatezza di una identificazione unitaria di tutte circostanze "indipendenti" viene motivata in ragione della ritenuta impossibilità di porle al di fuori dell'orbita disegnata dall'articolo 63 c.p., pena la conseguente assenza di una disciplina applicabile nel caso di concorso.

Anche in questo caso, tuttavia, l'argomento non pare pienamente fondato e condivisibile.

Come già ricordato, in alcuni importanti studi sulla disciplina delle circostanze è stata effettivamente sostenuta la possibilità di differenziare le regole fissate dall'art. 63 c.p., identificando nei criteri di computo dei soli primi due commi un regime applicativo di esclusiva pertinenza alla sfera della commisurazione giudiziale (in senso stretto) della pena e così, perciò, incanalando la tale specifica disciplina dell'istituto nella prospettiva funzionale della mera individualizzazione concreta (e non edittale ed astratta) della pena⁵⁹. Le indicazioni emergenti dalla già segnalata delimitazione sistematica delle circostanze assoggettate alla specifica regola del primo comma dell'art. 63 c.p. non sembrano però suffragare tale postulato. Come si è visto, infatti, i compilatori del codice Rocco sono stati sufficientemente chiari e precisi nel ribadire più volte l'indistinta applicabilità di tale disposizione a tutte le circostanze caratterizzate da un effetto modificativo "matematicamente" apprezzabile della pena prevista per il reato-base. Se, perciò, si prescinde da successivi ulteriori tentativi di "forzare" il portato di tali indicazioni, per ragioni, spesso, del tutto contingenti e, comunque, foriere di conclusioni di significato radicalmente antitetico, non pare seriamente contestabile l'univoca intenzione legislativa di ricomprendere nell'originaria tipologia delle circostanze "ad effetto comune" l'intero insieme delle ipotesi contraddistinte da parametri, per l'appunto, "matematici" di modificazione della pena.

L'inattendibilità di ogni pregresso tentativo di circoscrivere il campo di applicazione dell'art. 63, comma 1, c.p. alle sole circostanze ad effetto frazionario elastico, e di limitare a queste ultime l'area delle ipotesi corrispondentemente classificabili "ad effetto comune", ben emergeva, comunque, anche da una complessiva valutazione del più generale regime di applicazione delle circostanze. In primo luogo, occorre infatti tenere presente che, per quanto aspetto rimasto spesso nascosto fra le pieghe della complessa regolamentazione dell'istituto, anche circostanze caratterizzate da una "comune" efficacia frazionaria possono in concreto operare con modalità analoghe a quelle (anche all'epoca considerate) tipiche delle vere e proprie circostanze "ad effetto speciale". Ciò si verifica, in particolare, nel caso di delitti puniti con l'ergastolo (ovvero di quelli originariamente fondati sulla minaccia della pena di morte), rispetto ai quali, secondo quanto disposto dall'art. 65 c.p., l'eventuale integrazione di una qualunque circostanza attenuante (di fatto, però, identificabile, solo con una delle attenuanti comuni previste dall'art. 62 c.p.) comporta la sostituzione della pena ordinaria del reato con quella della «reclusione da venti a ventiquattro anni», e quindi viene ad assumere effetti attenuanti insuscettibili di essere valutati sulla scorta dell'ordinario regime applicativo di cui

⁵⁹ In questa prospettiva v. soprattutto G. CONTENTO, *Introduzione*, cit., 174, e G. DE VERO, *Circostanze*, cit., 157 ss. Più di recente, rivaluta e ripropone questa impostazione L. PELLEGRINI, *op. cit.*, 222 ss.

all'art. 63, comma 1, c.p.⁶⁰. Occorre inoltre aggiungere che, nel caso di concorso omogeneo di più circostanze attenuanti riferibili ad un unico delitto punito con l'ergastolo (o con l'originaria previsione della pena di morte), solo una delle circostanze concretamente integrate verrà ad acquisire questo particolare "effetto speciale", mentre le altre conserveranno i normali "effetti comuni", pur nei limiti complessivamente previsti dall'art. 67 c.p. In tal caso, perciò, non ostante l'astratta omogeneità funzionale di tutte le circostanze integrate, il computo della pena dovrà essere impostato sulla scorta di una correlazione fra il terzo ed i primi due commi dell'art. 63 c.p., e sarà rimessa alla valutazione discrezionale del giudice la scelta della circostanza che, di fatto, verrà così ad operare con un rilievo sostanzialmente analogo a quello delle vere e proprie ipotesi ad "effetto speciale"⁶¹.

Tutti questi rilievi rendono pertanto evidente come, secondo l'originario assetto del codice, la dinamica applicativa delle varie regole previste dall'art. 63 c.p. fosse stata pensata in una logica di necessario coordinamento reciproco e risultasse, quindi, funzionalmente svincolata da una rigida ed astratta demarcazione interna alla più generale categoria delle circostanze. Contrariamente, perciò, a quanto affermato da molti autori, la previsione di separate modalità di applicazione degli effetti aggravanti e/o attenuanti non esprime (né corrisponde a) una diversa "natura" funzionale delle singole circostanze previste, ma anzi consente di porre in luce l'esistenza di una stretta correlazione operativa fra le diverse regole previste dall'art. 63 c.p., come tale giustificabile solo in una logica di intrinseca unitarietà funzionale dell'intero fenomeno circostanziale⁶².

Conclusioni sostanzialmente analoghe possono oggi essere ribadite anche con riguardo ai problemi evocati dalla Corte di Cassazione rispetto all'eventualità che, in caso di concorso omogeneo di circostanze, se ricompresa tra le circostanze "ad effetto comune", una circostanza "indipendente" che comporti una variazione edittale inferiore al terzo debba essere computata secondo il criterio di "cumulo materiale" indicato al secondo comma dell'art. 63 c.p. Come è stato correttamente evidenziato, infatti, l'eventuale diversità di effetti modificativi non incide sull'ordine di computo delle singole variazioni aggravanti o attenuanti, e quindi, anche nel caso di circostanze "indipendenti", si tratterà solo di ricalcolare in termini frazionari l'entità dell'aumento, o della diminuzione, apprezzabile rispetto alla diversa cornice edittale del reato-base e applicare tale variazione frazionaria nel computo delle altre circostanze omogenee

⁶⁰ Secondo G. MARINI, *Le circostanze*, cit., 188 ss., il quale pur circoscriveva, come detto, la categoria delle circostanze ad efficacia comune «esclusivamente a quelle il cui effetto sia limitato alla modifica tipizzata dagli artt. 64 e 65 n. 3 c.p.», anche la variazione di pena prevista in caso di applicazione di una di queste circostanze a reati puniti con pene rigide era suscettibile di essere qualificata come «ordinaria». Oltre a risultare parzialmente in contrasto con tale precipuo criterio di delimitazione sistematica della categoria, quest'ultima conclusione veniva in realtà giustificata solo in considerazione dei riflessi che tale classificazione poteva acquisire sul piano delle regole applicabili in caso di concorso eterogeneo di circostanze: si riteneva, infatti, che, considerare "ad effetto comune" anche gli effetti attenuanti previsti in caso di pene rigide non avrebbe comportato conseguenze sfavorevoli al reo, stante la parallela impossibilità di eventuali aggravanti concorrenti di modificare una pena già prevista nel massimo (tale ultimo aspetto, veniva fra l'altro interpretato quale indice del c.d. fenomeno di *inerzia delle circostanze*) (*ibid.*, 190 e 257 s.). In questo modo si veniva tuttavia a trascurare l'ulteriore necessità di valutare i riflessi connessi ad un eventuale concorso omogeneo di circostanze attenuanti, che obbliga, invece, a porre in correlazione la disciplina del terzo comma dell'art. 63 c.p. con quella dei primi due commi.

⁶¹ Analoga metamorfosi funzionale, pur fondata sulla previsione di un più preciso parametro di individuazione della circostanza destinata ad operare con "effetto speciale", è in realtà rilevabile anche nell'ulteriore ipotesi prevista dal quarto e dal quinto comma dell'art. 63 c.p., per i casi di concorso omogeneo di circostanze "ad effetto speciale". Anche in questo caso, infatti, solo la circostanza caratterizzata dalla pena "più o meno grave", potrà essere applicata in termini conformi alla originaria efficacia autonoma e/o indipendente, mentre le rimanenti ipotesi potranno essere apprezzate solo in ragione di un'unica, facoltativa, variazione che, per quanto tecnicamente suscettibile di essere considerata in forma separata dall'eventuale concorso di altre circostanze "ad effetto comune", sul piano pratico assume una analoga incidenza funzionale (sul punto, anche per una precisa considerazione delle notevoli complessità tecniche che si riscontrano in tale eventualità, v. ancora G. MARINI, *Le circostanze*, cit., 245 ss.).

⁶² Riteniamo perciò di poter qui fondatamente ribadire le medesime conclusioni già illustrate in A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, cit., 628 ss.

concorrenti⁶³.

Non ostante l'indubbia macchinosità delle conseguenze applicative imposte, la disciplina del concorso omogeneo delle circostanze rimane quindi direttamente applicabile anche alle circostanze "indipendenti". In quest'ottica, in particolare, l'attuale quadro normativo risulta complessivamente articolato nel modo seguente.

Nel caso di tutte le ipotesi precedentemente classificabili quali circostanze "ad effetto comune" (perché collegate a parametri modificativi di natura meramente "dipendente"), ma tali oggi, a causa della loro incidenza "superiore ad un terzo", da rientrare fra quelle "ad effetto speciale", la principale novità è data dal loro diverso assoggettamento, non più ai primi due commi dell'art. 63 c.p., bensì a quelli immediatamente successivi. Il dato non suscita tuttavia problemi particolari: in caso di integrazione di una sola di tali ipotesi, il giudice dovrà oggi seguire gli schemi dettati dal terzo comma di questa disposizione, e quindi non sarà più necessaria la preventiva quantificazione della pena-base, dovendo invece quantificare la pena definitivamente applicabile al reo nei limiti della nuova cornice edittale di pena ricavata attraverso la variazione modificativa imposta dalla circostanza; in caso di concorso di più circostanze omogenee si tratterà, viceversa, di stabilire quale fra queste risulti più (o meno) grave, salva poi la possibilità di applicare un ulteriore aumento (od un'ulteriore diminuzione) fino ad un terzo.

Nel caso esattamente opposto, vale a dire nella segnalata eventualità di dover classificare quali circostanze "ad effetto comune" ipotesi dapprima ricomprese fra quelle c.d. "indipendenti", le conseguenze sono di certo più complicate, dovendosi applicare ad esse le regole dei primi due commi dell'art. 63 c.p.. In questo caso, come detto, si tratterebbe, pertanto, di convertire in chiave "frazionaria" i termini di variazione direttamente desumibili dal confronto fra la cornice edittale di pena prevista per il reato-base e quella diversamente correlata con la stessa circostanza. Secondo una diversa possibilità (di fatto praticabile, però, solo nel caso in cui sia presente una sola ipotesi con effetti modificativi indipendenti) si potrebbe, anche, muovere dalla stessa cornice di pena prevista per tale precipua circostanza ed applicare i successivi aumenti (o le successive diminuzioni) sulla pena-base calcolata entro i corrispondenti limiti edittali. Qualunque soluzione si intenda considerare tecnicamente più semplice (in termini di computo matematico degli effetti edittali, il risultato ultimo, comunque, non cambierebbe)⁶⁴.

6.3.

I limiti imposti dal principio di legalità nella valutazione dell'incidenza delle circostanze "ad effetto speciale" sui termini di prescrizione del reato.

Alla luce di quanto sopra precisato (e come già sostenuto in precedenti occasioni), pare quindi potersi ribadire con convinzione, che l'attuale necessità di considerare separatamente le c.d. circostanze "indipendenti", a seconda dell'incidenza modificativa apprezzabile nel raffronto fra la corrispondente cornice di pena con la diversa cornice edittale prevista per il reato-base, è imposta dal necessario rispetto del principio di legalità: a differenza, infatti, di quanto poteva astrattamente sostenersi in passato, attualmente il nuovo terzo comma dell'art. 63 c.p. non lascia spazio alcuno ad ipotetiche soluzioni alternative e quindi, di fatto, "obbliga", al di fuori ovviamente dei casi di variazione della stessa specie di pena, ad assumere l'indicato parametro matematico quale unico ed esclusivo criterio di classificazione (e quindi, anche, di

⁶³ La necessità di escludere dall'area delle circostanze ad effetto comune le ipotesi caratterizzate da una variazione di pena non corrispondente al disposto degli artt. 64 e 65 n. 3 c.p. era stata sostenuta anche da V. D'ASCOLA, *Sulla rilevanza*, cit., in particolare 997, proprio in ragione di una impossibilità, in caso di concorso con altra circostanza a variazione frazionaria superiore al terzo, di calcolare tali effetti secondo un ordine indifferente (così come invece previsto dall'art. 63, comma 2, c.p.). In realtà, come giustamente rilevato in seguito anche da G. DE VERO, *Circostanze*, cit., in particolare 164, l'ordine di computo delle singole variazioni di pena non comporta alcuna differenza sul risultato finale. Il dato tecnico è stato particolarmente sottolineato anche da G.A. DE FRANCESCO, *Commento all'art. 1, L. 6/2/1980 n. 15*, in *Legisl. pen.*, 1981, 38, nell'evidenziare alcuni aspetti di incongruenza di quanto previsto dalla nuova aggravante "per finalità di terrorismo" introdotta dalla norma di legge espressamente commentata. Di recente, propende nuovamente per una ritenuta diversità di effetti nell'ordine di computo della pena L. Pellegrini, *op. cit.*, 222 ss., che però – ci pare – non tenere conto della "attuale" necessità (per l'appunto: a norma di quanto oggi previsto dall'art. 63, comma 3, c.p. ai fini della "delimitazione normativa" delle circostanze "ad effetto speciale") di convertire in formula "frazionaria" gli effetti desumibili dal raffronto tra la cornice edittale di pena prevista per il reato-base e la cornice edittale "indipendente" prevista per la circostanza e di utilizzare questa formula frazionaria secondo il criterio di cumulo progressivo (e quindi "materiale") con altre circostanze "ad effetto comune".

⁶⁴ Con diretto riferimento alla disciplina delle aggravanti previste per i reati sessuali sia consentito rinviare ancora alla più ampia esemplificazione indicata in A. MELCHIONDA, *Commento all'art. 609-ter c.p.*, cit., 604 ss.

identificazione) di tutte le circostanze “ad effetto speciale”⁶⁵.

In questo stesso senso può anzi essere posto in rilievo anche il fatto che (ma si tratta di aspetto letterale con valenza solo marginale e forse frutto di una scelta non pienamente “consapevole” del legislatore) l’attuale definizione normativa usa l’espressione “circostanze che importano” un aumento o una diminuzione, quasi a differenziare l’effetto applicativo diretto della circostanza sulla pena concreta, rispetto a quello, come visto, del più astratto raffronto con la pena prevista per il reato-base.

Come visto, la necessità di mantenersi nell’orbita di una espressa delimitazione legislativa dell’attuale, pur modificata, dimensione complessiva delle circostanze “ad effetto speciale” non è impedita da incongruenze sistematiche e/o applicative tali da imporre una diversa (ma oggi non prevista) considerazione unitaria di tutte le circostanze c.d. “indipendenti”.

Tali conclusioni appaiono peraltro ancor più fondate e vincolanti proprio con riguardo al problema concreto che ha indotto la Corte di Cassazione a porsi in contrasto con l’indirizzo interpretativo seguito in precedenza. In relazione alla attuale disciplina della prescrizione del reato, la legge evidenzia, infatti, una diretta ed inequivoca correlazione fra la durata massima dei termini di prescrizione e l’entità massima della pena prevista per un certo reato. La misura della pena massima è, cioè, indicatore normativo primario della delimitazione legislativa prevista nell’ambito della disciplina sulla prescrizione del reato.

Da questo punto di vista, pertanto, appare coerente una delimitazione delle circostanze potenzialmente suscettibili di incidere sui termini di prescrizione a quelle sole ipotesi circostanziali che, sia nel caso di variazione aggravante prevista con criterio meramente frazionario o multiplo della pena, sia nel caso di previsione di una cornice edittale indipendente, presentino una omogeneità di disvalore aggravante “misurabile” proprio per il tramite dell’indicato criterio matematico, fondato sul superamento “del terzo”, oggi prescritto dall’art. 63, comma 3, c.p.

La validità di questa regola generale è ovviamente suscettibile di possibili deroghe. Così, in particolare, ci possono essere situazioni nella quali, a parità di disvalore del reato, e quindi a parità di misura massima della pena edittale astrattamente applicabile, il legislatore ravvisi la necessità di assicurare un più ampio termini di prescrizione. Questo è ad esempio avvenuto nel caso della disciplina prevista per alcuni reati tributari, in relazione ai quali la legge ha espressamente imposto una deroga in aumento agli ordinari regimi di prescrizione⁶⁶. In questi casi la scelta legislativa dovrà pertanto essere esplicita, ma, come tale, suscettibile di essere sottoposta ad un vaglio di costituzionalità sotto il profilo della “ragionevolezza” di tale diversità di disciplina.

Ogni diversa soluzione interpretativa non risponde all’auspicato intento di meglio «coniugare il dato letterale con quello teleologico dell’interpretazione»⁶⁷, ma si traduce, al contrario, in una vera e propria violazione del principio di legalità.

L’auspicio è pertanto che le Sezioni Unite giungano alla formulazione del seguente principio di diritto: «ai fini della determinazione del tempo necessario a prescrivere, le circostanze c.d. indipendenti non rientrano tra le circostanze ad effetto speciale, ai sensi dell’art. 63, comma 3, c.p., ogni qual volta importino un aumento non superiore ad un terzo»^(68*).

⁶⁵ Oltre alla dottrina che già si era espressa in questo senso nell’immediatezza della riforma del 1984, a favore di questa conclusione v. ora anche A. MANNA, *Corso di Diritto penale*, P.G., 3^a ed., vol. I, Milano, 2015, 752.

⁶⁶ Il riferimento è ovviamente alla attuale disciplina dettata dall’art. 17, comma 1-bis, D.Lgs. n. 74/2000, che prevede un aumento “di un terzo” dei termini di prescrizione applicabili per i delitti previsti dall’art. 2 all’art. 10 del medesimo decreto.

⁶⁷ Questo, come visto, il criterio interpretativo invocato da Cass. pen., Sez. III, 23 marzo 2016, n. 31418, T.F.

⁶⁸(*) Con la pronuncia in seguito emanata in data 27 aprile 2017, le Sezioni Unite hanno sostanzialmente accolto questa conclusione e formulato il seguente principio di diritto: «ai fini della determinazione del tempo necessario a prescrivere, le circostanze c.d. indipendenti che comportano un aumento di pena non superiore ad un terzo (nella specie quella di cui all’art. 609-ter, primo comma, cod. pen.), non rientrano nella categoria delle circostanze ad effetto speciale»: v. [Cass., Sez. Un., sent. 27 aprile 2017 \(dep. 9 giugno 2017\), Pres. Canzio, Rel. Gallo, ric. S.A.](#), in *Dir. pen. cont.*, 27 giugno 2017, con nostro commento [Circostanze “indipendenti” con variazione edittale di pena non superiore ad un terzo: per le sezioni unite non rientrano tra le “circostanze ad effetto speciale” e non rilevano ai fini della prescrizione](#), ora in *Dir. pen. cont.*, fasc. 6/2017, p. 267 ss.

Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco

The Criminal Liability of the Healthcare Professionals and the New Law No. 24/2017 (the So Called Gelli-Bianco Law)

CRISTIANO CUPELLI

Professore di Diritto penale presso l'Università degli studi di Roma "Tor Vergata"
cupelli@juris.uniroma2.it

RESPONSABILITÀ MEDICA, LINEE GUIDA,
BUONE PRATICHE, COLPA, IMPERIZIA

MEDICAL LIABILITY, GUIDELINES, GOOD PRACTICES,
FAULT, INCOMPETENCE

ABSTRACT

La legge n. 24 del 2017 (c.d. legge Gelli-Bianco), accolta con grande entusiasmo dalla classe medica, ridisegna, a meno di cinque anni dalla legge Balduzzi, lo statuto della colpa penale in ambito sanitario. La nuova fisionomia della responsabilità colposa del medico si fonda ora su una dettagliata disciplina delle linee guida all'interno delle quali individuare le raccomandazioni tendenzialmente vincolanti per gli esercenti le professioni sanitarie e sull'introduzione, nel codice penale, di un nuovo articolo, concernente la responsabilità colposa per morte o per lesioni personali in ambito sanitario (art. 590-*sexies* c.p.), improntato all'eliminazione della gradazione della colpa e alla limitazione alla sola condotta imperita, rispettosa di adeguate linee guida, della non punibilità.

The Law No. 24 of 2017 (the so called Gelli-Bianco Law), which has been welcomed with great enthusiasm by the medical profession, reshapes the criminal negligence in the healthcare sector, after less than five years from the Balduzzi Law. The new appearance of the medical liability for fault is based on a detailed regulation of the guidelines, within which it is possible to identify the recommendations which are generally binding for the healthcare professionals; at the same time a new Article, concerning the criminal liability for death or personal injury in the healthcare sector, has been inserted in the Penal Code (Art. 590-*sexies*), characterized by the cancellation of the gradation of the fault and by the limitation of the non-punishability only to the unskilful conducts, when appropriate guidelines are observed.

SOMMARIO

1. Premessa. – 2. Il contesto e i limiti della legge Balduzzi. – 3. La riforma (della riforma) nel passaggio tra Camera e Senato. – 4. Le linee guida “certificate”: aspetti positivi e perplessità di fondo. – 5. Una fattispecie *ad hoc* per la responsabilità penale dell’esercente la professione sanitaria: il nuovo articolo 590-sexies. – 5.1. Il perimetro applicativo e i (troppi) dubbi: sopravvive una gradazione mascherata della colpa? – 5.2. (segue) Regole cautelari elastiche e buone pratiche: *quale imperizia?* – 6. La non punibilità *solo* per imperizia e i rapporti con la precedente disciplina. – 7. L’impatto sulla giurisprudenza. – 7.1. La sentenza Tarabori. – 7.2. La sentenza Cavazza. – 7.3. Il contrasto. – 7.4. La risposta delle Sezioni unite. – 9. A mo’ di conclusione: impressioni ‘a prima notizia di decisione’ e scenari futuri.

1.

Premessa.

Con la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale e l’entrata in vigore della legge 8 marzo 2017, n. 24, recante “Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie”¹, giunge a compimento, a poco più di quattro anni dal precedente intervento legislativo, il percorso di (ulteriore) riforma della responsabilità penale degli operatori sanitari. Si tratta di un provvedimento di estrema importanza, che affronta vari temi, tra i quali la sicurezza delle cure e del rischio sanitario, la responsabilità dell’esercente la professione sanitaria e della struttura sanitaria pubblica o privata, le modalità e caratteristiche dei procedimenti giudiziari aventi ad oggetto la responsabilità medica e l’obbligo di assicurazione e l’istituzione del Fondo di garanzia per i soggetti danneggiati.

Tra i molti spunti che, in termini generali, la nuova legge offre, e che spaziano dal fronte civilistico a quello amministrativo-contabile, l’attenzione, nell’economia delle presenti riflessioni, sarà focalizzata sul versante penalistico e dunque sugli articoli 5 e 6, rispettivamente dedicati alle “buone pratiche clinico-assistenziali e raccomandazioni previste dalle linee guida” e alla “responsabilità penale dell’esercente la professione sanitaria”². Senza peraltro tralasciare l’importanza rivestita, quantomeno sul piano simbolico, dall’art. 1, che espressamente richiama la “sicurezza delle cure in sanità” quale “parte costitutiva del diritto alla salute”, “perseguita nell’interesse dell’individuo e della collettività” anche attraverso tutte le attività finalizzate alla prevenzione e alla gestione del rischio connesso all’erogazione di prestazioni sanitarie e l’impiego appropriato delle risorse strutturali, tecnologiche e organizzative.

Per comprendere e valutare a pieno portata e conseguenze dell’intervento normativo, occorre inevitabilmente muovere dal contesto nel quale esso si colloca e in particolare dai più significativi risvolti problematici palesati dalla legge Balduzzi; ciò, in considerazione del fatto che l’istanza riformistica nasce col precipuo obiettivo di realizzare ciò che non è riuscito nel 2012, e cioè arginare il fenomeno della c.d. medicina difensiva offrendo punti di riferimento in grado, *ex ante*, di tranquillizzare i medici nella quotidiana pratica clinica e di orientare, *ex post*, i giudici nella valutazione dei loro comportamenti.

¹ In Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, n. 64 del 17 marzo 2017; ne dà prontamente notizia G. L. GATTA, *Colpa e responsabilità medica: il decreto Balduzzi va in soffitta e approda in G.U. la legge “Gelli-Bianco”*, in *Dir. pen. cont.*, 20 marzo 2017.

² A prima lettura, sulla legge Gelli-Bianco, v., con differenti sfumature critiche, P. F. POLI, *Il d.d.l. Gelli-Bianco: verso un’ennesima occasione persa di adeguamento della responsabilità penale del medico ai principi costituzionali?*, in *Dir. pen. cont.*, 20 febbraio 2017; P. PIRAS, *IMPERTIA SINE CULPA NON DATUR. A PROPOSITO DEL NUOVO ART. 590-SEXIES C.P.*, ivi, fasc. 3/2017, p. 269 ss.; G.M. CALETTI – M. L. MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge “Gelli-Bianco” nella prospettiva del diritto penale*, in questa Rivista, n. 2/2017, p. 84 ss.; F. CENTONZE – M. CAPUTO, *La risposta penale alla malpractice: il dedalo di interpretazioni disegnato dalla riforma Gelli-Bianco*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, p. 1361 ss.; L. RISICATO, *Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitario*, in *La legislazione penale on line*, 5 giugno 2017; A. VALLINI, *Linee guida e colpa medica nel quadro teorico del “concorso di regole cautelari”*, ivi, 7 dicembre 2017; A. DI LANDRO, *La problematica sorte della colpa grave e lo sviluppo del sistema linee guida: la responsabilità penale dell’operatore sanitario dal decreto “Balduzzi” alla l. “Gelli-Bianco”*, 17 gennaio 2018; F. D’ALESSANDRO, *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma “Gelli-Bianco”*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 573 ss.; O. DI GIOVINE O., *Mondi veri e Mondi immaginari di Sanità, modelli epistemologici di medicina e sistemi penali*, in *Cass. pen.*, 2017, 2151 ss.; G. PAVICH, *La responsabilità penale dell’esercente la professione sanitaria: cosa cambia con la legge Gelli-Bianco*, ivi, 2017, 2961 ss.; A. MASSARO, *L’art. 590-sexies c.p., la colpa per imperizia del medico e la camicia di nesso dell’art. 2236 c.c.*, in *Arch. pen.*, 3/2017; A. PALMA, *Molto rumore per nulla: la legge Gelli-Bianco di riforma della responsabilità penale del medico*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 523 ss.; F. CEMBRANI, *Su alcuni snodi critici della legge “Gelli-Bianco”*, ivi, 873 ss.

2.

Il contesto e i limiti della legge Balduzzi.

In questa chiave di lettura, è dai fattori critici emersi nell'applicazione della legge n. 189 del 2012 che si deve partire, ricordando come, ai sensi dell'art. 3, co. 1, la responsabilità del medico che si fosse attenuto a linee guida e buone pratiche poteva essere affermata solo per colpa grave, quando cioè fosse stata disattesa la necessità di discostarsi da tali fonti, nonostante essa, in ragione della peculiare situazione clinica del malato, fosse macroscopica, immediatamente riconoscibile da qualunque altro sanitario al posto dell'imputato³.

Due i cardini del meccanismo di limite negativo alla tipicità colposa così delineato: la valorizzazione delle linee guida e delle virtuose pratiche terapeutiche, purché corroborate dal sapere scientifico, da un lato; la distinzione tra colpa lieve e colpa grave, per la prima volta normativamente introdotta nell'ambito della disciplina penale dell'imputazione soggettiva, dall'altro.

Tra i momenti qualificanti l'opzione legislativa è affiorato, da subito, un rapporto osmotico, in considerazione delle reciproche connessioni (che, come si vedrà, pur con i necessari adattamenti, permangono nel passaggio al nuovo paradigma della colpa medica); a partire, sul piano strutturale, dalla possibilità di ravvisare una colpa proprio nell'aver rispettato linee guida che invece non dovevano essere seguite nel caso concreto e dal fatto che il richiamo al rispetto delle linee guida e delle buone pratiche ai fini di una possibile esclusione di responsabilità per colpa (lieve) abbia rappresentato – e continui a rappresentare – il viatico per concretizzare, nel campo della responsabilità medica, quella più generale richiesta di veicolare la ricostruzione dell'imputazione colposa dal prevalente paradigma della colpa generica a quello della colpa specifica, positivizzando le regole della corretta pratica terapeutica. Il tutto nel palese tentativo di assecondare, per tale via, tanto l'esigenza di minimizzare i rischi connessi alle incertezze relative all'individuazione delle regole cautelari, con le conseguenti difficoltà di accertamento processuale della loro violazione, quanto la moderna prassi sanitaria, che tende ad affidarsi alla formalizzazione della gran parte delle regole operative.

Ulteriori ponti di collegamento sono stati ravvisati, da una parte, nell'esigenza di compiere una preliminare indagine sulla natura delle linee guida e delle buone pratiche (cautelare o meno; strettamente tecnica o di cura e attenzione), al fine di saggiarne in qualche modo il grado di prescrittività per l'operatore sanitario, sì da cogliere la gravità della sua condotta colposa (parametrata al distacco da tali fonti) e dunque fondare o escludere la sua responsabilità; dall'altra, nella considerazione che lo sforzo di circoscrivere l'ambito applicativo della norma, attraverso un'interpretazione diretta a limitare l'esclusione della responsabilità colposa lieve alle sole ipotesi di imperizia (lieve) nel rispetto delle fonti predate, si è basato principalmente sull'assunto che le linee guida in materia sanitaria possano contenere esclusivamente regole di perizia⁴.

Altrettanto evidenti sono apparsi i profili problematici collegati alla scelta di valorizzare linee guida e virtuose pratiche terapeutiche e di introdurre, per la prima volta nell'ambito della disciplina penale dell'imputazione soggettiva, una distinzione tra colpa lieve e colpa grave. In estrema sintesi:

a) i limiti delle fonti individuate (linee guida e buone pratiche accreditate) rispetto alla valutazione del comportamento del medico, con riferimento al grado di vincolatività da poter attribuire loro, in considerazione della natura, del livello di affidabilità, dell'idoneità cautelare e della capacità di poter contemplare le molteplici peculiarità e sfumature del caso concreto (tra le quali anche la *variabile* del consenso informato);

b) la difficile definizione di un concetto penalmente rilevante di colpa grave, dal momento che una gradazione della colpa appare distante dall'idea storicamente e normativamente unitaria di colpa penale ed è presa in considerazione nel codice penale esclusivamente a fini di commisurazione della pena;

c) le oscillazioni in merito all'applicabilità del canone della colpa grave esclusivamente a condotte mediche connotate, pur nel rispetto di linee guida e buone pratiche, da imperizia

³ Su questa norma, si è sviluppata un'ampia letteratura, che ha accompagnato una altrettanto copiosa elaborazione giurisprudenziale; per un aggiornato compendio, da ultimo e per tutti, F. BASILE, *Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra art. 2236 cod. civ. e legge Balduzzi (aspettando la riforma della riforma)*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 2/2017, p. 159 ss.

⁴ Approfondimenti sulle intersezioni tra i due requisiti, volendo, in C. CUPELLI, *Colpa medica*, in *Il libro dell'anno del diritto 2017 Treccani*, Roma, 2017, p. 114 ss.

(soluzione maggioritaria in giurisprudenza) ovvero anche da negligenza e imprudenza.

d) i dubbi di legittimità costituzionale di un'esclusione di responsabilità per colpa lieve per il solo settore sanitario, al cospetto di molte altre attività socialmente utili, particolarmente complesse e potenzialmente pericolose (dubbi fatti propri dal Tribunale di Milano con l'ordinanza 21 marzo 2013⁵ ed elusi dalla Corte costituzionale nell'ordinanza 6 dicembre 2013, n. 295⁶).

3. La riforma (della riforma) nel passaggio tra Camera e Senato.

Questo dunque lo scenario nel quale si è animata l'istanza riformista, tradottasi, in sede parlamentare, in un intervento fondato su una dettagliata disciplina delle linee guida all'interno delle quali individuare le raccomandazioni tendenzialmente vincolanti per gli esercenti le professioni sanitarie e sull'introduzione, nel codice penale, di un nuovo articolo, concernente la *responsabilità colposa per morte o per lesioni personali in ambito sanitario* (art. 590-sexies c.p.), improntato all'eliminazione della gradazione della colpa e alla limitazione alla sola condotta imperita, rispettosa di adeguate linee guida, della non punibilità.

Nel percorso parlamentare, una prima versione, approvata alla Camera il 28 gennaio 2016, contemplava, oltre a una disciplina analitica dei requisiti formali delle linee guida contenenti le raccomandazioni tendenzialmente vincolanti (art. 5), un'ipotesi di "*responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario*" (art. 590-ter c.p.) differente da quella poi approvata in seguito: l'esercente la professione sanitaria che, nello svolgimento della propria attività, avesse cagionato a causa di imperizia la morte o la lesione personale della persona assistita, rispondeva dei reati di omicidio colposo o di lesioni personali colpose solo in caso di colpa grave, con l'esplicita esclusione di quest'ultima allorquando, fatte salve le rilevanti specificità del caso concreto, fossero state rispettate le buone pratiche clinico-assistenziali e le raccomandazioni previste dalle linee guida, così come definite e pubblicate dallo stesso disegno di legge (art. 6).

Si optava quindi per la limitazione alla sola imperizia dell'innalzamento del grado di colpa punibile e per l'esclusione, *ex lege*, della colpa grave, allorquando – fatte salve le rilevanti specificità del caso concreto – l'esercente la professione sanitaria avesse rispettato "*le buone pratiche clinico-assistenziali e le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge*": un consolidamento della formalizzazione delle regole cautelari nel settore medico, accompagnato dalla conferma della gradazione della colpa e da una presa di posizione sul margine di operatività dell'innalzamento del livello di responsabilità alla colpa grave⁷.

Nel testo poi emendato dalla Commissione Igiene e Sanità del Senato e approvato in via definitiva, in seconda lettura, dalla Camera sono state ulteriormente dettagliate, all'art. 5, le procedure di accreditamento delle linee guida, la cui solo *tendenziale* obbligatorietà è rimasta ferma. Mentre nell'originaria versione si faceva riferimento a società scientifiche inserite in uno specifico albo, ora il compito è attribuito anche ad enti e istituzioni di natura pubblica e privata (rispetto ai quali il testo non pone ulteriori specificazioni), nonché alle società scientifiche e alle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie, iscritte in un apposito elenco, istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute, aggiornato con cadenza biennale.

Più in dettaglio, si prevede che "*gli esercenti le professioni sanitarie, nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale, si attengono, salve le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle*

⁵ Trib. Milano, ord. 21 marzo 2013, in *Dir. pen. cont.*, 29 marzo 2013.

⁶ Corte cost., ord. 6 dicembre 2013, n. 295, in *Dir. pen. cont.*, 9 dicembre 2013, con nota di G.L. GATTA, *Colpa medica e linee-guida: manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 del decreto Balduzzi sollevata dal Tribunale di Milano*.

⁷ Sul testo approvato in prima lettura alla Camera il 28 gennaio del 2016, C. CUPELLI, *La colpa lieve del medico tra imperizia, imprudenza e negligenza: il passo avanti della Cassazione (e i rischi della riforma alle porte)*, in *Dir. pen. cont.*, 27 giugno 2016; P. PIRAS, *La riforma della colpa medica nell'approvanda legge Gelli-Bianco*, ivi, 25 marzo 2016; A. PANTI, *Il d.d.l. sulla responsabilità professionale del personale sanitario: il punto di vista del medico*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 374 ss.; G. PONZANELLI, *La responsabilità medica: dal primato della giurisprudenza alla disciplina legislativa*, in *Danno e responsabilità*, 2016, p. 816 ss.; M. BILANCETTI – F. BILANCETTI, *Verso quale riforma della responsabilità medica?*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, p. 1399 ss.; O. DI GIOVINE, *Colpa penale, "legge Balduzzi" e "disegno di legge Gelli-Bianco": il matrimonio impossibile tra diritto penale e gestione del rischio clinico*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 386 ss., oltre ai molteplici contributi offerti nell'ambito dell'incontro di studi su "*La riforma delle responsabilità sanitarie*", tenutosi l'8 giugno 2016 presso la Facoltà di Medicina e Chirurgia dell'Università di Roma "Tor Vergata", i cui atti sono in corso di pubblicazione e la cui registrazione integrale – in attesa della pubblicazione degli atti – è reperibile al seguente link: <https://youtu.be/H3A6QQj4CwE>.

linee guida pubblicate ai sensi del comma 3 ed elaborate da enti ed istituzioni pubblici e privati nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco, istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge e da aggiornare con cadenza biennale. In mancanza delle suddette raccomandazioni, gli esercenti le professioni sanitarie si attengono alle buone pratiche clinico-assistenziali". Con la precisazione, contenuta al terzo comma, che tali linee guida devono essere integrate nel Sistema nazionale per le linee guida e pubblicate nel sito *internet* dell'Istituto superiore di sanità, previa verifica sia della conformità della metodologia adottata a *standard* definiti e resi pubblici dallo stesso Istituto sia della rilevanza delle evidenze scientifiche dichiarate a supporto delle raccomandazioni.

4. Le linee guida "certificate": aspetti positivi e perplessità di fondo.

Avanzando qualche breve considerazione critica sul punto, va annoverato tra gli aspetti da valutare con favore lo sforzo di tipizzare le fonti di riferimento per gli esercenti le professioni sanitarie (ma anche, di riflesso, per i giudici): come detto, ci si dovrà attenere esclusivamente alle raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate ai sensi della legge e soprattutto elaborate da soggetti, per così dire, "accreditati". Avere sottratto al singolo medico (ma anche al giudice) il vaglio preventivo di credibilità e affidabilità delle fonti cui doversi attenere rappresenta uno sforzo apprezzabile, tenuto conto delle ben note obiezioni relative al numero elevato di linee guida elaborate dalle innumerevoli società scientifiche che intervengono, sovente su posizioni contrapposte, nei singoli ambiti di competenza, alimentando il timore di *scelte postume*, e cioè di una selezione *ex post* delle fonti per giustificare, anzitutto in sede processuale, la condotta medica.

Per tale via potrà pure ridimensionarsi il timore che, da un lato, le stesse – in assenza di rigidi e formalizzati criteri selettivi – promanino da associazioni o società scientifiche la cui affidabilità non è sempre dimostrabile in termini di certezza e coerenza, e, dall'altro, che le distorsioni legate ai frequenti e irriducibili contrasti tra scuole e società scientifiche nei medesimi settori di competenza, si traducano nel proliferare di linee guida disomogenee, ambivalenti e talvolta persino antitetiche. Si potrà poi attenuare la risalente disputa sui possibili conflitti di interesse che legano ricercatori, editori e industrie (farmaceutiche in particolare) e l'incertezza di fondo circa le basi nosografiche in relazione alle quali vengono prodotte.

Sul versante strettamente penalistico, inoltre, la scelta agevola la conoscenza, *prima che la condotta venga tenuta*, del discrimine tra lecito e illecito e la fattispecie colposa ne guadagna "in termini di determinatezza"⁸. Per giunta, trasmigrando tali fonti nell'ambito dell'eteronormazione (seppure non originaria, ma mediata dal procedimento di validazione ministeriale), si offrono argomenti per superare quel *pregiudizio latente* nella giurisprudenza, ricollegato all'originale coincidenza tra produttore e destinatario finale della regola, che porta il giudice a guardare con elevato tasso di scetticismo la loro (reale o potenziale) idoneità rispetto allo scopo di garantire la *migliore cura per il paziente*, in maniera non dissimile da quanto avviene, in altro ambito e su altri presupposti, con riferimento alla valutazione della portata esimente dei modelli organizzativi ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001.

Di recente, sono stati pubblicati due decreti ministeriali chiamati a integrare profili essenziali – anche sul versante penalistico – della legge Gelli-Bianco. Ci si riferisce, nel dettaglio, ai decreti del Ministero della Salute 2 agosto 2017 (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, Serie Generale n. 186 del 10 agosto 2017) e 29 settembre 2017 (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, Serie Generale n. 248 del 23 ottobre 2017), rispettivamente dedicati all'individuazione di un "elenco delle società scientifiche e delle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie" e alla "istituzione dell'Osservatorio nazionale delle buone pratiche sulla sicurezza in sanità".

In estrema sintesi, con il primo decreto è istituito presso il Ministero della Salute un elenco (aggiornato con cadenza biennale) delle società scientifiche e delle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie 'accreditate' (art. 1), al quale – entro novanta giorni (e dunque entro l'8 novembre) – possono chiedere di essere iscritte le società scientifiche e le associazioni

⁸ P. PIRAS, *La riforma della colpa medica nell'approvanda legge Gelli-Bianco*, cit., p. 3.

che siano in possesso, fra gli altri, dei seguenti requisiti (art. 2):

- a) rilevanza di carattere nazionale, con una rappresentanza in almeno dodici regioni e province autonome, anche mediante associazione con altre società o associazioni della stessa professione, specialità o disciplina;
- b) rappresentatività di almeno il 30% dei professionisti non in pensione nella specializzazione o disciplina o nella specifica area o settore di esercizio professionale;
- c) comprovata indipendenza da attività imprenditoriali e assenza di finalità di lucro;
- d) adempimento dell'obbligo di pubblicazione dell'attività scientifica attraverso il sito web della società o associazione, aggiornato costantemente;
- e) esclusione di retribuzione delle cariche sociali;
- f) assenza, tra le finalità istituzionali dell'ente, della tutela sindacale degli associati e comunque non svolgimento, diretto o indiretto, di attività sindacale;
- g) previsione della massima partecipazione degli associati alle attività e alle decisioni dell'ente.

Vengono così introdotti parametri estremamente selettivi, sul mantenimento dei quali è prevista una periodica verifica da parte dello stesso Ministero della Salute; qualora si dovesse riscontrare la perdita sopravvenuta anche solo di uno di essi, la società o l'associazione potrà essere prima sospesa, poi eventualmente cancellata dall'elenco (art. 3).

Va altresì segnalato come il 23 ottobre, a seguito di numerose richieste di chiarimento, sia stata emanata da parte della Direzione Generale delle Professioni sanitarie e delle Risorse umane del Ministero una specifica "Nota di chiarimento ai fini della compilazione dell'istanza per l'iscrizione nell'elenco delle società scientifiche e delle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie di cui al DM 2 agosto 2017" nella quale sono chiariti dubbi interpretativi sollevati con riferimento alla metodologia di applicazione delle previsioni del decreto in merito alle aree specialistiche e alle percentuali di rappresentatività e vengono offerte proposte ed esemplificazioni utili in sede di prima applicazione (ad esempio per quanto concerne la composizione dei Comitati scientifici e i rapporti con i sindacati).

Con il secondo, ancor più recente, decreto è istituito presso l'AGENAS (Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali) l'Osservatorio nazionale delle buone pratiche della sicurezza in sanità, di cui all'art. 3 della legge 24 del 2017. Si tratta di un organo deputato a svolgere, nel rispetto degli indirizzi di programmazione sanitaria nazionale definiti dal Ministero della Salute, compiti estremamente significativi, fra i quali:

- i) acquisire dai Centri per la gestione del rischio sanitario e la sicurezza del paziente, di cui all'art. 2 della legge n. 24 del 2017 - e quindi analizzare - i dati regionali relativi ai rischi, agli eventi avversi ed eventi sentinella, nonché agli eventi senza danno, oltre ai dati regionali relativi alle tipologie dei sinistri, alle cause, all'entità, alla frequenza e all'onere finanziario del contenzioso;
- ii) fornire indicazioni alle Regioni sulle modalità di sorveglianza del rischio sanitario ai fini della sicurezza del paziente;
- iii) individuare idonee misure per la prevenzione e la gestione del rischio sanitario e per il monitoraggio delle buone pratiche per la sicurezza delle cure da parte delle strutture sanitarie, nonché per la formazione e l'aggiornamento del personale esercente le professioni sanitarie anche attraverso la predisposizione di linee di indirizzo;
- iv) monitorare le buone pratiche per la sicurezza delle cure a livello nazionale sulla base dei dati acquisiti.

Se, per le ragioni appena esposte, in linea astratta l'idea di una validazione istituzionale si può condividere, sul piano pratico non appare infondato il timore di una traslazione, dalla sede penale a quella amministrativa, del contenzioso legato all'affidabilità scientifica di tali fonti; nonostante gli sforzi compiuti in seno alla Commissione Igiene e Sanità del Senato, non appare pienamente realizzato l'auspicato chiarimento sul processo di validazione⁹, esposto per

⁹ La Federazione nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri, nell'Audizione al Senato del marzo 2016, aveva spinto per l'affidamento di tale vaglio a un "soggetto terzo indipendente, diverso dalle società scientifiche che, a pieno titolo, sono chiamate a formulare le proposte" (cfr. il Documento depositato dalla FNOMCeO nella seduta n. 329 del 22 marzo 2016 dinanzi la XII Commissione permanente Igiene e Sanità del Senato, p. 3); in senso analogo, A. PANTI, *Il d.d.l. sulla responsabilità professionale del personale sanitario: il punto di vista del medico*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 375. Le stesse società scientifiche sono state le prime a lanciare un vero e proprio 'grido di allarme', chiedendo di non essere lasciate sole nell'improbabile compito di elaborazione e certificazione. Probabilmente anche tenendo conto di tali osservazioni, è stato presentato dal Relatore in Commissione Igiene e Sanità del Senato l'emendamento, poi approvato, nel quale l'elaborazione delle linee guida è stata rimessa, oltre che alle società scientifiche, anche a enti e istituzioni pubbliche e private e ad associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie, senza che, tuttavia, ciò abbia davvero risolto le incertezze palesate sul punto.

di più, nell'odierna formulazione, alle potenziali ricadute di un eccesso di burocratizzazione su tempi e modalità di aggiornamento.

Permangono altresì intatte le riserve di massima sulla reale adeguatezza di strumenti per così dire generali e astratti – come tali non in grado di calarsi nel quadro patologico e nelle molteplici sfumature del singolo paziente – a ergersi a strumento d'imputazione colposa in sede penale. Così come non può dirsi superato lo scoglio dell'effettiva natura cautelare delle regole ricavabili dalle buone pratiche e dalle raccomandazioni contenute nelle linee guida. Invero, regole cautelari enucleate da raccomandazioni contenute in linee guida configurano a pieno modelli normativi preformati di prevedibilità ed evitabilità in grado di orientare il garante, prescrivendogli *come* (e *fino a che punto*) *può* (e quindi *deve*) agire. Una regola cautelare precisa e tassativa semplifica, sin quasi a banalizzarne, la fase dell'accertamento; indicando al garante il percorso da seguire, questi sarà chiamato a rispondere in caso di mancato rispetto. Ciò, tuttavia, non fa velo alle perplessità che la stessa scelta di codificazione delle cautele reca con sé, sia per quanto riguarda le ricadute, in termini di efficacia e di sicurezza, sul garante, sia soprattutto con riferimento al contributo per far diminuire i pericoli al bene garantito; se una positivizzazione sembra offrire maggiori certezze al garante, non è detto che essa sortisca sempre il contestuale effetto di migliorare la tutela del bene da proteggere (e cioè la salute del paziente), potendo anzi ingenerare un paradossale effetto di depotenziamento, lasciando fuori dai poteri di agire una serie di modalità di tutela rilevanti.

Tornando alle ragioni dello scetticismo, esse sono legate principalmente all'ontologica impossibilità di formalizzare cautele (che così divengono doverose) in settori – un caso emblematico è quello psichiatrico – insofferenti a forme di standardizzazione; sono le medesime ragioni, alla base dell'atteggiamento di cauta diffidenza assunto dalla giurisprudenza nella valutazione della decisività delle linee guida e che invece non hanno accompagnato i passi del legislatore negli interventi di riforma degli ultimi anni. L'effetto che un'implementazione acritica e formalistica della tipizzazione delle cautele sul 'terreno minato' della medicina rischia di ingenerare è quello di garantire maggiormente il medico di fronte al rischio penale (ecco le probabili ragioni dell'odierno plauso degli operatori al provvedimento) *a discapito* delle esigenze di migliore cura del paziente, che richiedono, invece, un fisiologico adattamento alle caratteristiche personali, alle circostanze del caso e a una valutazione clinica quanto più possibile individualizzata.

Su tale profilo, va detto, il riferimento alle *specificità del caso concreto* – richiamate all'art. 5 e al secondo comma dell'art. 6 – può, almeno in parte, attenuare i timori. Non si può infatti non convenire con la scelta di 'cristallizzare' il riferimento alle *specificità del caso concreto* e il relativo peso rispetto all'esigenza di discostarsi da regole pre-date. Si tratta, evidentemente, di quelle peculiarità del quadro clinico del singolo paziente – la cui imprescindibile considerazione era in qualche modo già emersa nell'applicazione della legge Balduzzi – che devono essere attentamente indagate dal sanitario e che, adeguatamente ponderate, possono indurlo a discostarsi dalle linee guida.

L'effetto, pur a fronte degli aneliti a traghettare la responsabilità medica verso un modello di c.d. colpa specifica, è quello di tenere aperta la porta ai tradizionali canoni di accertamento della colpa generica, riequilibrando il modello di medicina basata sulle evidenze, di cui le linee guida rappresentano il portato, e valorizzando al contempo le peculiarità del paziente, sulla scia del percorso intrapreso dapprima dalla giurisprudenza pre-Balduzzi e quindi dal legislatore del 2012. La clausola di salvaguardia della necessaria ponderazione delle specificità del caso concreto formalizza quanto ampiamente riconosciuto, e cioè che il rispetto di linee guida, raccomandazioni e buone pratiche non rende automaticamente lecita una prassi medica escludendo l'addebito per colpa dell'eventuale evento infausto in tutte le ipotesi in cui il medico avrebbe potuto (anzi, dovuto) fare di più: calare cioè nel concreto l'asettica indicazione, vagliarne l'attendibilità e la rispondenza alle esigenze della specifica situazione patologica da fronteggiare, unitamente alle ulteriori istanze personalistiche del paziente¹⁰.

V'è tuttavia da chiedersi se la scelta sia sufficiente a bilanciare il rafforzamento del peso delle fonti scritte e della limitazione alla sola imperizia nella fisionomia del nuovo art. 590-*sexies* c.p., e se, addirittura, non esponga al rischio opposto di *ipervalorizzare* il requisito, facendo ricadere su di esso l'intero peso del discrimine tra condotta medica – formalmente rispettosa

¹⁰ In dottrina, per tutti, A.R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario*, Torino, 2012, 155 ss.; in ambito giurisprudenziale, è sufficiente richiamare, nell'ampia rassegna *pre e post* Balduzzi, le puntualizzazioni svolte in Cass., Sez. IV, sent. 9 aprile 2013, n. 16237, Cantore in *Cass. pen.*, 2013, 2984 ss.

delle linee guida – punibile o meno.

5. Una fattispecie *ad hoc* per la responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria: il nuovo articolo 590-*sexies*.

La novità più rilevante sul fronte penalistico è contenuta all'art. 6 della legge n. 24 del 2017 e consiste nell'introduzione nel codice penale di un nuovo articolo (590-*sexies*), a tenore del quale – al di là del richiamo del primo comma all'applicazione delle pene previste per i delitti di cui agli artt. 589 e 590 c.p. se i fatti ivi previsti sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria¹¹ – *“qualora l'evento si è verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto”*.

Nella ridisegnata cornice della responsabilità, dunque, la punibilità è esclusa, senza più alcun riferimento testuale al fatto che si versi in colpa grave o lieve, qualora, nell'esercizio della professione sanitaria: *i*) l'evento si sia verificato a causa di imperizia; *ii*) siano state rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida, come definite e pubblicate ai sensi di legge, ovvero, in mancanza, le buone pratiche clinico-assistenziali (le quali, dunque, rispetto tanto alla legge Balduzzi, quanto alla versione approvata alla Camera, assumono una posizione suppletiva nei confronti delle linee guida); *iii*) le raccomandazioni contenute nelle linee guida predette risultino adeguate alle specificità del caso concreto.

5.1. Il perimetro applicativo e i (troppi) dubbi: sopravvive una gradazione mascherata della colpa?

Provando, in via preliminare, a sciogliere taluni nodi in merito al perimetro applicativo del nuovo art. 590-*sexies*, va subito notato come, una volta venuto meno, rispetto al testo approvato in prima lettura alla Camera, il riferimento alle “rilevanti” specificità (si parla ora, semplicemente, di adeguatezza alle “specificità del caso concreto”), si potrà rispondere nel caso in cui ci si sia attenuti alle prescrizioni validate *ex lege*, allorché invece esse non fossero adeguate *in considerazione delle peculiarità anche non rilevanti del caso* (interpretazione avallata dal mancato richiamo al grado della colpa).

Più in particolare, andrà esclusa la punibilità anzitutto rispetto a quelle ipotesi di condotte imperite del medico (non per quelle riconducibili a disattenzione o a un atteggiamento tecnico imprudente) nelle quali sia stata correttamente diagnosticata la patologia, altrettanto correttamente siano state selezionate linee guida (accreditate) riferibili alla terapia per quella patologia e il caso concreto non presenti peculiarità tali da costituire un'eccezione alla regola data.

Si risponderà, invece, se le linee guida non erano adeguate al caso; residua, in questi termini, uno spazio di possibile rimprovero per imperizia, da commisurare all'errata valutazione delle specifiche condizioni cliniche del paziente, che avrebbero dovuto portare il medico a ritenere inadeguate le linee guida e dunque a non applicarle.

Qualora l'evento sia riconducibile a una condotta connotata da negligenza o imprudenza, la norma non troverà applicazione e il medico sarà punibile sulla base dei tradizionali canoni di accertamento della colpa, non potendo beneficiare della nuova area di non punibilità legata al rispetto delle linee guida¹².

Disegnati i confini della fattispecie, appare forse eccessivo l'entusiasmo sin qui mostrato dalla classe medica, considerato che, seppure sulla carta è venuta meno la contestata gradazione della colpa, non ci si è spinti a riconoscere una vera e propria presunzione assoluta di

¹¹ Sull'ambito soggettivo di applicazione della riforma – e in particolare sulla questione relativa all'estensione della disciplina speciale a professionisti sanitari diversi dal medico – si vedano, in particolare, G.M. CALETTI – M. L. MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge “Gelli-Bianco” nella prospettiva del diritto penale*, cit., p. 37 ss.

¹² Mettono in evidenza i più immediati risvolti interpretativi connessi alla nuova disciplina F. CENTONZE – M. CAPUTO, *La risposta penale alla malpractice: il dedalo di interpretazioni disegnato dalla riforma Gelli-Bianco*, cit., p. 1366 ss.

irresponsabilità connessa all'applicazione delle linee guida. Si è già evidenziato come rimanga aperta, per il giudice, un'ampia finestra di valutazione in ordine all'adeguatezza delle linee guida rispetto al caso concreto e, con essa, la possibilità di una valutazione 'autonoma' in termini di rimproverabilità; inevitabile il timore di ricadere nei vizi tipici dell'accertamento colposo e cioè che la valutazione sull'adeguatezza al caso concreto, anziché essere effettuata *ex ante*, finisca per essere attratta in un giudizio *ex post*, visto che il presupposto applicativo generale è che l'evento si sia verificato a causa di imperizia e dunque, dal punto di vista diagnostico-terapeutico, non si sia trattato di una scelta corretta (salvifica o curativa). La giurisprudenza, di fronte alla verifica di un evento morte o lesioni 'a causa di imperizia', potrebbe essere tentata di concludere *sempre* per l'inadeguatezza della scelta operata.

Per ristabilire le corrette coordinate della rimproverabilità per colpa, si dovrà sensibilizzare l'interprete ad operare il *giudizio di adeguatezza* in una prospettiva rigorosamente *ex ante*, tenendo conto cioè delle specifiche circostanze del caso concreto, conosciute o conoscibili dal medico curante all'atto della presa in carico del paziente e alla luce del quadro clinico esistente in quel momento, sulla base delle quali ha ritenuto la rispondenza delle linee guida. Resta il rischio, tuttavia, che si rievochi l'orientamento giurisprudenziale antecedente al 2012, nel quale il ruolo delle linee guida nella valutazione della responsabilità colposa appariva improntato a una *cauta diffidenza*, sul presupposto che è indubbio che esse contengano attendibili indicazioni riferibili al caso astratto, ma il medico è sempre tenuto a esercitare *liberamente* le proprie prerogative di scelta, vagliando le peculiari circostanze della vicenda concreta e discostandosi, se necessario, da regole cristallizzate in linee guida e protocolli.

Come si ricorderà, l'art. 3, co. 1 della legge n. 189 del 2012 contemplava un parametro di gravità della colpa enucleabile sul terreno civilistico (art. 2236 c.c.) e una elaborazione giurisprudenziale che si era formata (anche con riferimento all'art. 133 c.p.)¹³. Oggi, pur superate attraverso la procedura di accreditamento e validazione riconosciuta dalla stessa legge le perplessità sull'affidabilità delle linee guida, spetta in ogni caso al giudice l'ultima parola, residuando a suo carico il compito di vagliarne l'adeguatezza, in concreto, alle esigenze e alle peculiarità del singolo paziente.

Ebbene, molto si è insistito, in sede di primo commento, sulla soppressione del riferimento al discusso grado della colpa. A fronte di ciò, non può dirsi con certezza che, nella sostanza, non sia comunque residua – *sul solo terreno dell'imperizia* – un'implicita gradazione; si sia cioè ritagliato uno spazio di punibilità comunque legato a un'*imperizia grave*, con riferimento alle ipotesi di scelta inadeguata delle raccomandazioni contenute nelle linee guida accreditate in concreto applicate ovvero alla mancata individuazione delle raccomandazioni pertinenti e contenute in linee guida 'validate', riservando, di contro, il beneficio della non punibilità alle ipotesi di *imperizia non grave*, invero residuali, nelle quali l'evento si sia verificato nonostante l'osservanza delle linee guida contenenti raccomandazioni ritenute adeguate alle specificità del caso concreto.

Come si vedrà a breve, sul punto la giurisprudenza ha condiviso le perplessità appena segnalate e 'recuperato' da ultimo una possibile gradazione della colpa, proprio sul terreno dell'imperizia (v. *infra*, §.7.2).

5.2.

(segue) Regole cautelari elastiche e buone pratiche: quale imperizia?

Un ulteriore interrogativo si pone con riguardo al valore da assegnare a quelle raccomandazioni, pur contenute in linee guida *accreditate*, che contengono regole cautelari elastiche, come nell'eventualità in cui si prospetti al medico la scelta tra due possibili terapie. Qualora si ritenga di poterle prendere in considerazione a fini penali, bisognerà chiedersi se il giudizio di adeguatezza al caso concreto di siffatte linee guida dovrà estendersi anche alla valutazione sull'alternativa da ritenere corretta. Valutazione che investirebbe così non solo la rispondenza di *quelle* linee guida al caso concreto ma pure, nell'ipotesi di raccomandazioni 'aperte', l'adeguatezza dell'opzione effettivamente prescelta. In quest'ottica, il giudizio sull'adeguatezza riguarderebbe non soltanto l'*an* (linee guida conformi al caso concreto), ma anche il *quomodo* (il trattamento, corretto o non corretto, praticato).

¹³ Ampiamente, sul punto, ancora F. BASILE, *Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra art. 2236 cod. civ. e legge Balduzzi (aspettando la riforma della riforma)*, cit., p. 2 ss.

Si potrebbe allora arrivare a dubitare del fatto che, al cospetto di linee guida elastiche, che lasciano intravedere un margine di scelta (ad esempio fra trattamento farmacologico e chirurgico), possa davvero ravvisarsi un – pur residuale – margine applicativo per il nuovo art 590-*sexies*¹⁴. In questi casi, infatti, sulla base di quanto poc'anzi chiarito, la giurisprudenza potrebbe intendere l'adeguatezza delle linee guida estesa a un giudizio anche in ordine alla parte di esse da dovere applicare, commisurata cioè al migliore trattamento da praticare in considerazione della specificità del caso concreto.

Non si può non segnalare, infine, come, sempre nell'art. 590-*sexies* c.p., si faccia riferimento al rispetto in via residuale delle c.d. "buone pratiche clinico-assistenziali"¹⁵. Si tratta di un parametro che, a prima vista, sembra richiamare a pieno i tradizionali canoni della colpa generica per imperizia, vale a dire le regole cautelari desumibili dalle *leges artis* cui il medico modello deve attenersi nell'esercizio della sua attività. Se si aggiunge poi che l'ancoraggio all'adeguatezza alle specificità del caso concreto è unicamente riferito alle raccomandazioni previste nelle linee guida e non anche alle buone pratiche, rispetto a quest'ultima ipotesi la norma pare rasentare la tautologia, potendosi declinare così: *se l'evento si è verificato per colpa generica a causa di imperizia, la punibilità è esclusa qualora siano state rispettate le regole di perizia definibili dalle buone pratiche clinico-assistenziali*, ossia dalle regole cautelari desumibili dagli *usi virtuosi* del settore.

6. La non punibilità *solo* per imperizia e i rapporti con la precedente disciplina.

Il favore con cui l'art. 6 della legge Gelli-Bianco è stato accolto dagli operatori del settore stona inoltre con l'esclusivo riferimento, dall'effetto restrittivo, della limitazione di responsabilità alle sole condotte rispettose delle linee guida connotate da imperizia, in controtendenza rispetto alle aperture della più recente giurisprudenza di legittimità in relazione ai margini applicativi della legge Balduzzi.

Come è noto, infatti, dinanzi ai dubbi se la limitazione di responsabilità per colpa grave prevista dalla legge n. 189 del 2012 dovesse essere circoscritta esclusivamente alle ipotesi di imperizia ovvero estesa anche a quelle di colpa per negligenza e imprudenza, nella giurisprudenza della Quarta Sezione della Cassazione si erano contrapposti due orientamenti. Uno, maggioritario, che circoscriveva la limitazione di responsabilità in caso di colpa lieve alle sole condotte professionali conformi alle linee guida contenenti regole di perizia¹⁶; l'altro, più recente, che estendeva la possibile rilevanza esimente anche ad addebiti diversi dall'imperizia, non potendosi escludere che le stesse fonti pongano raccomandazioni rispetto alle quali il

¹⁴ Come invece ritenuto da P. PIRAS, Imperitia sine culpa non datur. *A proposito del nuovo art. 590-*sexies* c.p.*, cit., p. 3.

¹⁵ Ricostruiscono il peso assunto dal riferimento alle buone pratiche, già a partire dalla legge Balduzzi, G.M. CALETTI – M. L. MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge "Gelli-Bianco" nella prospettiva del diritto penale*, cit., p. 24 ss.

¹⁶ L'orientamento prevalente, a partire da [Cass. sez. IV, 24 gennaio 2013, n. 11493](#) (in *Dir. pen. cont.*, 29 marzo 2013), propendeva per un'applicazione della fattispecie "solo allorquando si discuta della 'perizia' del sanitario", non potendo essa "involgere ipotesi di colpa per negligenza o imprudenza", sul presupposto che "le linee guida contengono solo regole di perizia"; più di recente, analogamente, Cass. sez. IV, 23 aprile 2015, n. 16944 (in *Guida dir.*, n. 24/2015, p. 73), la quale aggiunge coerentemente che "sotto questo profilo, non può accedersi a letture interpretative, secondo cui il *novum* della legge Balduzzi potrebbe trovare applicazione anche se il parametro valutativo della condotta del medico sia quello della "diligenza", cioè allorquando siano richieste prestazioni che riguardino più la sfera della accuratezza dei compiti, magari non particolarmente qualificanti, che quella della adeguatezza professionale) che estendano la disciplina di favore al di là di quello che è l'inequivoca indicazione normativa, ammettendo cioè spazi di impunità per il medico negligente ed imprudente. Anche perché è concettualmente da escludere che le linee guida e le buone prassi possano in qualche modo prendere in considerazione comportamenti professionali connotati da tali profili di colpa. Ciò che significa anche che il medico imprudente e negligente non potrebbe invocare una pretesa adesione alle linee guida per eludere la propria responsabilità".

A corroborare questa lettura ha invero contribuito la Corte costituzionale che, sollecitata a vagliare la conformità costituzionale dell'art. 3 co. 1, in relazione, fra gli altri, all'art. 3 Cost. (con riferimento al principio di uguaglianza), ha inserito, nel corpo della scarna motivazione della già ricordata ordinanza d'inammissibilità del dicembre 2013 (Corte cost., ord. 6 dicembre 2013, n. 295, cit.), un fugace *obiter*: "la limitazione di responsabilità prevista dalla norma censurata viene in rilievo solo in rapporto all'addebito di imperizia, giacché le linee guida in materia sanitaria contengono esclusivamente regole di perizia: non, dunque, quando all'esercente la professione sanitaria sia ascrivibile, sul piano della colpa, un comportamento negligente o imprudente". Tale passaggio è stato interpretato quale sostanziale avallo – nel caso in cui siano state osservate linee guida e buone pratiche formalizzate, mentre il medico avrebbe dovuto discostarsene – alla diversità di trattamento fra un rimprovero solo per *imperizia* ovvero per *negligenza* e *imprudenza*.

parametro valutativo della condotta del soggetto agente sia quello della diligenza¹⁷.

Orbene, l'intervento normativo si pone in stridente contrasto non solo con questo approccio che potremmo definire "garantista"¹⁸, ma anche – e soprattutto – col fatto che, in termini più generali, nell'ambito della pratica medica, la stessa distinzione tra imperizia, negligenza e imprudenza tende a sfumare¹⁹. Nella realtà dei casi complessi, infatti, "il confine tra conoscenza, uso appropriato della cautela, avventatezza o trascuratezza nella scelta di quella adatta appare troppo sottile, e troppo pericolosa una distinzione che voglia essere dirimente ai fini penali"; e "una siffatta distinzione difficilmente sarà rinvenibile in termini rigidi nemmeno nelle linee guida, che mirano – senza porsi problemi definitori – ad assicurare la perizia, ma anche la diligenza del medico e la tempestività del suo intervento"²⁰. Nondimeno, l'analisi casistica mette in luce la molteplicità – se non la quasi totalità – delle ipotesi di c.d. *imperizia mascherata*: imputazioni costruite su negligenza o imprudenza che celano, tra le righe, un nucleo contenutistico (se non preponderante quantomeno paritario) di imperizia²¹.

Nell'intenzione del legislatore del 2017, con tutta probabilità, la limitazione alla sola imperizia è stata pensata con riferimento a quelle macroscopiche forme di lassismo e di scelleratezza sanitaria, che invero rappresentano ipotesi assolutamente marginali; si è finito così per assurgere a regola l'eccezione, senza considerare peraltro che siffatte condotte sarebbero state in ogni caso punibili, poiché in alcun modo riconducibili a raccomandazioni contenute in linee guida o a buone pratiche.

Di contro, possono dirsi preponderanti i casi che, formalmente ascrivibili a negligenza o imprudenza, contengono una quota di imperizia, per così dire, fisiologica, ben potendo essere *riletti* quali scelte di merito – intrise di perizia – errate. Si pensi, a titolo esemplificativo, al sanitario che, per imperizia, non abbia preso in considerazione la condotta doverosa omessa o abbia erroneamente ritardato il necessario approfondimento diagnostico, ovvero ancora abbia frettolosamente dimesso il paziente o somministrato farmaci controindicati alla luce del (non adeguatamente e correttamente vagliato) quadro clinico del paziente: si tratta, a ben vedere, di fattispecie che hanno alla base quasi sempre un'errata diagnosi, per lo più riconducibile a una imperita lettura del quadro clinico²².

7. L'impatto sulla giurisprudenza.

A questo punto, occorre verificare l'impatto della riforma sulla prima giurisprudenza intervenuta nell'applicazione della nuova normativa. Come era agevole preventivare, la nuova colpa medica è approdata al vaglio delle Sezioni unite della Cassazione, chiamate a dirimere il nodo del perimetro applicativo dell'art. 590-*sexies* c.p. e a puntualizzare le ricadute della riforma sul piano intertemporale.

Si è trattato, a ben vedere, di una soluzione obbligata, alla luce del contrasto interpretativo insorto – a brevissima distanza dall'approvazione della legge – in Cassazione²³. Poco dopo la sentenza Tarabori dello scorso mese di giugno²⁴, infatti, la medesima Quarta Sezione, in una diversa composizione, ha completamente ignorato il precedente e sposato, nella sentenza

¹⁷ Cass. sez. IV, 9 ottobre 2014, n. 47289, in *Dir. pen. cont.*, 23 marzo 2015 e Cass. sez. IV, 16 aprile 2015, n. 20300; Cass. sez. IV, 7 maggio 2015, n. 34295; Cass. sez. IV, 1 luglio, n. 45527, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, p. 361 ss.; di siffatta contrapposizione dà conto la stessa Cassazione nella Relazione sul contrasto di giurisprudenza n. 51 del 6 ottobre 2016, elaborata dal Massimario della Cassazione proprio con riferimento alla "limitazione della responsabilità in caso di colpa lieve alle ipotesi di imperizia".

¹⁸ Approccio peraltro più di recente ribadito e, in qualche modo, perfezionato da Cass. sez. IV 11 maggio 2016, n. 23283 (in *Dir. pen. cont.*, 27 giugno 2016), con opportune precisazioni anche rispetto ai rapporti con l'art. 2236 c.c. e con riferimento al rispetto del canone di tassatività della fattispecie (in relazione al fatto che l'art. 3 co. 1 non contiene alcun riferimento alla limitazione alla sola perizia e in più va valorizzato il riferimento soggettivo agli "esercenti le professioni sanitarie").

¹⁹ Lo segnala, tra gli altri, O. DI GIOVINE, *In difesa del c.d. Decreto Balduzzi. Ovvero: perché non è possibile ragionare di medicina come se fosse diritto e di diritto come se fosse medicina*, in *Arch. pen.*, 2014, p. 7.

²⁰ O. DI GIOVINE, *In difesa del c.d. Decreto Balduzzi*, cit., p. 7.

²¹ Come evidenziato efficacemente da P. PIRAS, *Culpa levis sine imperitia non excusat: il principio si ritrae e giunge la prima assoluzione di legittimità per la legge Balduzzi*, in *Dir. pen. cont.*, 24 aprile 2015, p. 2 ss.

²² Ancora P. PIRAS, *Culpa levis sine imperitia non excusat*, cit., p. 3 ss., con ampi riferimenti tratti dall'esperienza giurisprudenziale.

²³ Sui termini del ricordato contrasto in seno alla Quarta Sezione, si rinvia a C. CUPELLI, *Cronaca di un contrasto annunciato: la legge Gelli-Bianco alle Sezioni unite*, in *Dir. pen. cont.*, 21 novembre 2017 e ad A. MASSARO, *La legge Balduzzi e la legge Gelli-Bianco sul banco di prova delle questioni di diritto intertemporale: alle Sezioni unite l'ardua sentenza*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2017, 12.

²⁴ Cass. pen., Sez. IV, sent. 20 aprile – 7 giugno 2017, n. 28187, in *Cass. pen.*, 2017, 3152 ss., con nota di C. CUPELLI, *La legge Gelli-Bianco in Cassazione: un primo passo verso la concretizzazione del tipo* e in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1369 ss., con nota di G.M. CALETTI – M.L. MATTHEUDAKIS, *La Cassazione e il grado della colpa penale del sanitario dopo la riforma "Gelli-Bianco"*.

Cavanna²⁵, una ricostruzione radicalmente difforme della nuova causa di non punibilità, portando allo scoperto una differenza di vedute analoga – anche nel nome dei giudici estensori – a quella che, nella vigenza della legge Balduzzi, si era creata in merito alla limitazione di responsabilità per colpa grave prevista dall’art. 3 co. 1 della legge n. 189 del 2012 alle sole ipotesi di imperizia ovvero anche a quelle di colpa per negligenza e imprudenza²⁶.

Inevitabile allora, prima di analizzare la soluzione individuata dalle Sezioni unite (della quale, al momento, si conosce solo la notizia di decisione), soffermarsi sul problematico rapporto tra le due pronunce della Quarta Sezione, evidenziando – attraverso un compendio, in chiave sinottica, dei passi essenziali – le principali divergenze sull’ambito di applicazione dell’art. 590-*sexies* c.p., con particolare riferimento alla punibilità (o meno) del c.d. *errore esecutivo* e ai possibili dubbi di legittimità costituzionale di un’interpretazione letterale della norma.

7.1.

La sentenza Tarabori.

Andando con ordine, la prima sentenza (Tarabori), rilevando nell’art. 590-*sexies* c.p. tratti di “ovvietà” accompagnati da una “incompatibilità logica”, per uscire dall’*impasse* ha preso le mosse proprio dall’interpretazione letterale della norma, che porterebbe a escludere la punibilità “anche nei confronti del sanitario che, pur avendo cagionato un evento lesivo a causa di comportamento rimproverabile per imperizia, in qualche momento della relazione terapeutica abbia comunque fatto applicazione di direttive qualificate; pure quando esse siano estranee al momento topico in cui l’imperizia lesiva si sia realizzata”. L’esempio paradigmatico proposto è quello di un chirurgo che “imposta ed esegue l’atto di asportazione di una neoplasia addominale nel rispetto delle linee guida e, tuttavia, nel momento esecutivo, per un errore tanto enorme quanto drammatico, invece di recidere il peduncolo della neoformazione, taglia un’arteria con effetto letale” (§ 7).

Tale impostazione è stata tuttavia respinta, in ragione del *vulnus* al diritto alla salute che, “implicando un radicale esonero da responsabilità”, ne sarebbe derivato (anche sul versante civilistico, per le ricadute in termini di quantificazione del danno; § 7.4), del contrasto con taluni principi che governano la responsabilità penale, a partire da quello di colpevolezza (§ 7.1), e degli altri dubbi di legittimità costituzionale che ne sarebbero scaturiti (stabilendo un regime normativo “irrazionalmente diverso rispetto a quello di altre professioni altrettanto rischiose e difficili”; § 7.3). È così prevalsa una lettura alternativa, che – partendo dalle coordinate normative (in particolare dall’art. 5) e dalle finalità della legge (soprattutto in tema di linee guida) – riconosce al medico, tenuto ad attenersi alle raccomandazioni (sia pure con gli adattamenti propri di ciascuna fattispecie concreta), la sola “pretesa a vedere giudicato il proprio comportamento alla stregua delle medesime direttive impostegli”, sulla base di “un inedito inquadramento precettivo, focalizzato sulle modalità di svolgimento dell’attività sanitaria e di accertamento della colpa”, che offre al giudice “precise indicazioni in ordine all’esercizio del giudizio di responsabilità” (§ 7.5).

Ai fini del nuovo art. 590-*sexies*, dunque, occorrerà riferirsi a eventi che costituiscono espressione di condotte governate da linee guida accreditate sulla base di quanto stabilito all’art. 5 e appropriate rispetto al caso concreto, in assenza di plausibili ragioni che suggeriscano di discostarsene radicalmente (§ 8.1.); le raccomandazioni generali dovranno essere “pertinenti alla fattispecie concreta”, previo vaglio di adeguatezza, e cioè della loro corretta

²⁵ Cass. pen., Sez. IV, sent. 19 ottobre – 31 ottobre 2017, n. 50078, in *Dir. pen. cont.*, 7 novembre 2017.

²⁶ È noto infatti come, nella giurisprudenza della Quarta Sezione della Cassazione, si erano contrapposti due orientamenti: uno, maggioritario, che – a partire da Cass. sez. IV, 24 gennaio 2013, n. 11493 (in *Dir. pen. cont.*, 29 marzo 2013) e corroborato da un fugace *obiter* della Corte costituzionale inserito nel corpo della motivazione di un’ordinanza d’inammissibilità del dicembre 2013 (Corte cost., ord. 6 dicembre 2013, n. 295, in *Dir. pen. cont.*, 9 dicembre 2013) – circoscriveva la limitazione di responsabilità in caso di colpa lieve alle sole condotte professionali conformi alle linee guida contenenti regole di perizia (sul presupposto, per l’appunto, che solo tali regole possano essere contenute dalle linee guida); un secondo, più recente, che estendeva la possibile rilevanza esimente anche ad addebiti diversi dall’imperizia, non potendosi escludere che le stesse fonti pongano raccomandazioni rispetto alle quali il parametro valutativo della condotta del soggetto agente sia quello della diligenza (Cass. sez. IV, 9 ottobre 2014, n. 47289, in *Dir. pen. cont.*, 23 marzo 2015; 16 aprile 2015, n. 20300; 7 maggio 2015, n. 34295; 1 luglio, n. 45527, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, p. 361 ss. e soprattutto in Cass. sez. IV, 11 maggio 2016, n. 23283, in *Dir. pen. cont.*, 27 giugno 2016, con nota di C. CUPELLI, *La colpa lieve del medico tra imperizia, imprudenza e negligenza: il passo avanti della Cassazione (e i rischi della riforma alle porte)*.

Una puntuale ricostruzione del dibattito, da ultimo e per tutti, in F. BASILE, *Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra art. 2236 cod. civ. e legge Balduzzi (aspettando la riforma della riforma)*, in *Dir. pen. cont.*, 23 febbraio 2017.

attualizzazione nello sviluppo della relazione terapeutica, con particolare riguardo alle contingenze del caso concreto. Entro queste coordinate l'agente avrà diritto "a vedere giudicata la propria condotta alla stregua delle medesime linee guida che hanno doverosamente governato la sua azione" (§ 8.2).

In questa prospettiva, tesa a valorizzare il momento soggettivo a discapito di qualsivoglia automatismo, non assumono rilievo - ai fini della non punibilità - quelle condotte mediche che, "sebbene poste in essere nell'ambito di relazione terapeutica governata da linee guida pertinenti ed appropriate, non risultino per nulla disciplinate in quel contesto regolativo" (§ 8.3), come appunto i casi conclamati di errore (per imperizia) nell'esecuzione delle (corrette) direttive.

Al contempo, non viene dato peso al riferimento testuale all'osservanza delle linee guida quale "causa di esclusione della punibilità". Attraverso un richiamo esemplificativo agli articoli 85 e 388 c.p., si ricorda come nel codice penale (e nella legislazione complementare) la medesima espressione sia riscontrabile "con significati diversi e non di rado atecnici, cioè non riconducibili alla sfera dell'esclusione della pena pur in presenza di un reato, per ragioni istituzionali, personali, di opportunità", con l'effetto che, nel caso della nuova responsabilità medica, "l'evocazione della punibilità va intesa come un atecnico riferimento al giudizio di responsabilità con riguardo alla parametrizzazione della colpa" (§ 10.1).

Coerentemente, nell'affrontare il rapporto tra vecchia e nuova disciplina, il Collegio ha ritenuto necessario individuare, nonostante la formale abrogazione della precedente normativa, la legge in concreto più favorevole rispetto ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore della legge n. 24 del 2017: da un raffronto strutturale la legge Balduzzi - nell'elaborazione maturata nei pochi anni di vigenza - si presenta in termini di maggiore favore rispetto al nuovo articolo 590-*sexies* c.p., quantomeno riguardo alla limitazione di responsabilità ai soli casi di colpa grave, di talché, ove pertinente, essa troverà ancora applicazione, *ex art. 2, c.p.*, rispetto ai fatti anteriori, quale norma più favorevole (§ 11).

7.2.

La sentenza Cavazza.

Di contro, la sentenza Cavazza - che muove da un'ipotesi di colpa per imperizia nella concreta esecuzione di un intervento - individua proprio nell'*imperita applicazione (rectius: nell'imperita fase "esecutiva" dell'applicazione) di linee guida adeguate e pertinenti* il terreno d'elezione della causa oggettiva di non punibilità dell'art. 590-*sexies* c.p., lasciando residuare il caso di applicazione di linee guida inadeguate alle specificità del caso concreto quale unica ipotesi di permanente rilevanza penale dell'imperizia sanitaria (*imperizia in eligendo*)²⁷.

Si giunge a tale esito passando per una selezionata disamina di punti fermi e criticità della nuova disciplina. Certezze sono l'espressa abrogazione dell'art. 3, co. 1 della legge n. 189 del 2012 e il conseguente superamento del problema del grado della colpa, "salvo casi concreti in cui la legge Balduzzi possa configurarsi come disposizione più favorevole per i reati consumatisi sotto la sua vigenza coinvolgenti profili di negligenza e imprudenza qualificati da colpa lieve", oltre alla limitazione dell'applicabilità del nuovo art. 590-*sexies* c.p. "alle sole situazioni astrattamente riconducibili all'imperizia" (§ 6).

Tra i profili controversi, si richiamano la rilevanza da attribuire alle linee guida, così come delineate dal legislatore, la difficoltà di "delimitare in concreto la nozione di imperizia da quelle confinanti e, talora, in parte sovrapponibili di negligenza e imprudenza" (§ 6) e l'obiezione di fondo secondo la quale "in presenza di colpa grave sarebbe oltremodo difficile ipotizzare come sussistenti le condizioni concorrenti previste per l'impunità del sanitario" (§ 7).

Per ovviare alle segnalate difficoltà, i giudici prospettano un'interpretazione improntata

²⁷ La sentenza trae origine da un caso che appare relativamente semplice: un'imputazione per lesioni colpose gravi a carico di un chirurgo per avere cagionato alla vittima, nel corso dell'esecuzione *imperita* di un intervento di ptosi (lifting) del sopracciglio, una diminuzione della sensibilità della zona frontale destra, ancora permanente a distanza di cinque anni dall'intervento. Il Tribunale prima e la Corte d'appello poi non hanno avuto difficoltà a riconoscere la responsabilità dell'imputato, escludendo l'applicabilità della legge Balduzzi in ragione della non particolare complessità dell'intervento e della gravità della colpa, concretizzatasi in una deviazione ragguardevole rispetto all'agire appropriato. Seppure maturata la prescrizione (risalendo i fatti al maggio del 2009) e ritenuto infondato il ricorso ("a fronte di due decisioni che, lette coerentemente, forniscono una ricostruzione della vicenda lineare, con corretta applicazione dei principi"; §. 2), il tema ha tuttavia stimolato nei giudici una riflessione di carattere generale sugli effetti della riforma, onde valutarne l'applicabilità (d'ufficio), se ritenuta più favorevole, ai fatti pregressi, visto che - lo si è segnalato - il profilo di colpa è stato individuato proprio "nell'imperizia nella concreta esecuzione dell'intervento e non nella scelta dello stesso" (§. 5).

alla massima valorizzazione della lettera e delle finalità della legge, escludendo che possa ancora attribuirsi alla colpa grave “un differente rilievo rispetto alla colpa lieve, essendo entrambe ricomprese nell’ambito di operatività della causa di non punibilità”, e ribadendo che “con il *novum* normativo si è esplicitamente inteso favorire la posizione del medico, riducendo gli spazi per la sua possibile responsabilità penale, ferma restando la responsabilità civile” (§ 7). Proprio a tal fine il legislatore avrebbe introdotto una “causa di esclusione della punibilità per la sola imperizia, la cui operatività è subordinata alla condizione che dall’esercente la professione sanitaria siano state rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge, ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico assistenziali, e che dette raccomandazioni risultino adeguate alla specificità del caso concreto” (§ 7). Si profila una causa di non punibilità che assume tratti oggettivi, collocata al di fuori dell’area di operatività del principio di colpevolezza: “la rinuncia alla pena nei confronti del medico si giustifica nell’ottica di una scelta del legislatore di non mortificare l’iniziativa del professionista con il timore di ingiuste rappresaglie mandandolo esente da punizione per una mera valutazione di opportunità politico criminale, al fine di restituire al medico una serenità operativa così da prevenire il fenomeno della cd. medicina difensiva” (§ 7).

Da ciò se ne ricava che: *a*) “l’unica ipotesi di permanente rilevanza penale dell’imperizia sanitaria può essere individuata nell’assestamento di linee guida che siano inadeguate alla peculiarità del caso concreto” (§ 7); *b*) non sarà punibile il medico “che seguendo linee guida adeguate e pertinenti pur tuttavia sia incorso in una ‘imperita’ applicazione di queste” (§ 7); *c*) siffatta imperizia non punibile deve essersi verificata “nella fase ‘esecutiva’ dell’applicazione” e “non nel momento della scelta della linea guida, giacché in tale evenienza non ci si troverebbe in presenza della linea guida adeguata al caso di specie” (§ 7).

A corredo, si enuncia un vero e proprio principio di diritto: l’art. 590-*sexies* c.p. “prevede una causa di non punibilità dell’esercente la professione sanitaria operante, ricorrendo le condizioni previste dalla disposizione normativa (rispetto delle linee guida o, in mancanza, delle buone pratiche clinico-assistenziali, adeguate alla specificità del caso), nel solo caso di imperizia, indipendentemente dal grado della colpa, essendo compatibile il rispetto delle linee guida e delle buone pratiche con la condotta imperita nell’applicazione delle stesse” (§ 7).

Quanto ai dubbi di legittimità costituzionale (che hanno rivestito un ruolo decisivo nella prima sentenza), se da un lato vengono menzionate – ma non affrontate, in quanto irrilevanti nel caso di specie – le perplessità sul rispetto dell’art. 3 Cost. (“potrebbe in vero dubitarsi della coerenza di una scelta di non punibilità dell’imperizia grave e invece della persistente punibilità di una negligenza lieve”; § 7) nel profilo che, forse, appare meno problematico (in ragione del maggior disvalore da potere comunque attribuire, *in subiecta materia*, alla negligenza, pur lieve, rispetto all’imperizia, come riconosciuto anche dalla Corte costituzionale²⁸), dall’altro non si fa cenno alla possibile lesione dell’art. 32 Cost. Anzi, ancorando la “scelta del legislatore (...) di prevedere in relazione alla colpa per imperizia nell’esercizio della professione sanitaria un trattamento diverso e più favorevole rispetto alla colpa per negligenza o per imprudenza” all’obiettivo di “non mortificare l’iniziativa del professionista con il timore di ingiuste rappresaglie” ed enfatizzando il fine di “restituire al medico una serenità operativa così da prevenire il fenomeno della cd. medicina difensiva”, si lasciano trasparire tutte le possibili ricadute benefiche sulla migliore tutela della salute dei pazienti e sul rispetto dell’art. 32 Cost.²⁹.

²⁸ In tale direzione, è indiziante il fatto che la Corte costituzionale, nella sentenza n. 166 del 1973 (in *Giur. cost.*, 1973, 1795 ss.) abbia escluso una violazione del principio di eguaglianza nella possibile applicazione in sede penale dell’art. 2236 c.c. riferendone l’operatività alla sola *perizia*, la quale “presenta contenuto e limiti circoscritti” ed evidentemente va rapportata alla *specifica* prestazione medica da svolgere, valutata oggettivamente, a prescindere cioè da elementi di difficoltà *ulteriori*, collegati al contesto.

²⁹ Calando le considerazioni nel caso di specie, il riscontro processuale della grave imperizia dell’imputato “nella concreta esecuzione dell’intervento e non nella scelta dello stesso” e la mancata considerazione, da parte dei giudici di merito, del rispetto o meno di linee guida o buone pratiche, imporrebbero un annullamento con rinvio; a tale soluzione, tuttavia, ostano la maturata prescrizione e l’impossibilità di prosciogliere l’imputato con formula più favorevole, cosicché l’esito è l’annullamento senza rinvio, agli effetti penali, e il rigetto del ricorso, agli effetti civili, per via della riscontrata coerenza e logicità della motivazione della sentenza impugnata, “laddove ha riconosciuto la condotta gravemente imperita dell’imputato e la sua efficienza causale nel determinare l’effetto lesivo” (§ 9).

7.3. *Il contrasto.*

Ricostruiti i passaggi motivazionali, appaiono evidenti le discrasie fra le due sentenze, accentuate da un sintomatico *deficit* di comunicazione (manca, nella seconda pronuncia, qualsivoglia richiamo o menzione al precedente maturato in seno alla medesima Sezione).

Nell'obiettivo di dare un significato pratico intelligibile al *rebus* racchiuso nell'infelice formulazione dell'art. 590-*sexies* c.p., mentre la sentenza Cavazza ha orientato la ricostruzione alla rigida aderenza alle intenzioni del legislatore (provando per tale via a superare la diffusa sensazione di un passo indietro, in termini di garanzia della classe medica, rispetto alle ultime acquisizioni della giurisprudenza di legittimità maturate sulla legge Balduzzi), nella sentenza Tarabori i giudici, probabilmente troppo condizionati dalla preoccupazione di 'salvare' la nuova fattispecie dai dubbi di legittimità costituzionale alimentati dall'interpretazione letterale, hanno finito per prospettare una lettura 'alternativa' talmente restrittiva da rendere problematica l'individuazione di un residuo margine di applicabilità del nuovo articolo. La poco rassicurante alternativa venutasi a creare è fra un'interpretazione dell'art. 590-*sexies* c.p. costituzionalmente conforme ma sostanzialmente sterilizzante, fatta propria dalla sentenza di giugno, e un'interpretazione fedele al tenore letterale della norma e alla volontà di favore per la classe medica ma indiziata di incostituzionalità, recepita dalla pronuncia più recente.

Orbene, proprio alla luce di ciò - e in previsione di un'udienza nella quale era calendarizzata la discussione di un procedimento per lesioni colpose a carico di un neurochirurgo - il Presidente della Quarta Sezione ha sollecitato, d'ufficio, l'assegnazione del ricorso alle Sezioni unite, segnalando i "dubbi interpretativi" suscitati dalla legge n. 24 e soprattutto il "significativo contrasto" insorto nella giurisprudenza della Sezione, con "le rilevanti implicazioni applicative" che ne scaturiscono e che rendono "necessario l'urgente intervento delle Sezioni unite".

Nel dettaglio, si è osservato come: *a*) secondo una prima pronuncia (n. 28187 del 20 aprile 2017, Tarabori), la previgente disciplina sarebbe più favorevole, escludendo "la rilevanza penale delle condotte connotate da colpa lieve in contesti regolati da linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, mentre quella sopravvenuta ha eliminato al distinguo tra colpa lieve e colpa grave ai fini dell'attribuzione dell'addebito, dettando al contempo una nuova articolata disciplina in ordine alle linee guida che costituiscono il parametro per la valutazione della colpa per imperizia in tutte le sue manifestazioni"; *b*) secondo una più recente sentenza (n. 50078 del 19 ottobre 2017, Cavazza), di contro, apparirebbe più favorevole la nuova disciplina, prevedendo "una causa di esclusione della punibilità dell'esercente la professione sanitaria operante, ricorrendo le condizioni previste dalla disposizione normativa (rispetto delle linee guida o, in mancanza, delle buone pratiche clinico-assistenziali adeguate alla specificità del caso), nel solo caso di imperizia, indipendentemente dal grado della colpa".

Prontamente, il Primo Presidente della Cassazione, "sulla base dei dati giurisprudenziali rappresentati", ravvisava la sussistenza del contrasto e i presupposti per l'assegnazione alle Sezioni unite, rimarcando l'esigenza di una "pronta risoluzione attraverso una decisione idonea a porre termine alla situazione di incertezza interpretativa all'interno della Quarta Sezione penale, tabellarmente competente in materia di reati colposi, e al conseguente grave disorientamento delle corti di merito e in generale degli operatori del settore penale".

7.4. *La risposta delle Sezioni unite.*

Le Sezioni unite sono state dunque chiamate a dirimere, prima ancora del problema intertemporale, la sua apodosi, e cioè il margine applicativo del *novum*, con specifico riferimento all'ipotesi di non punibilità del c.d. errore esecutivo - ad esempio per un difetto di abilità -, pur in un contesto di adesione a linee guida 'accreditate'. Si è così affrontata, nell'udienza pubblica del 21 dicembre 2017, la questione controversa, come riassunta nel comunicato della Cassazione (l'unico documento, allo stato, disponibile), di "quale sia, in tema di responsabilità colposa dell'esercente la professione sanitaria per morte o lesioni personali, l'ambito di esclusione della punibilità previsto dall'art. 590-*sexies* c.p., introdotto dall'art. 6 della legge 8 marzo 2017, n. 24".

La soluzione adottata è stata la seguente: "L'esercente la professione sanitaria risponde, a titolo di colpa, per morte o lesioni personali derivanti dall'esercizio di attività medico-chirurgica: *a*) se l'evento si è verificato per colpa (anche "lieve") da negligenza o imprudenza; *b*) se l'evento si è veri-

ficato per colpa (anche "lieve") da imperizia: 1) nell'ipotesi di errore rimproverabile nell'esecuzione dell'atto medico quando il caso concreto non è regolato dalle raccomandazioni delle linee-guida o, in mancanza, dalle buone pratiche clinico-assistenziali; 2) nell'ipotesi di errore rimproverabile nella individuazione e nella scelta di linee guida o di buone pratiche che non risultino adeguate alla specificità del caso concreto, fermo restando l'obbligo del medico di disapplicarle quando la specificità del caso renda necessario lo scostamento da esse; c) se l'evento si è verificato per colpa (soltanto "grave") da imperizia nell'ipotesi di errore rimproverabile nell'esecuzione, quando il medico, in detta fase, abbia comunque scelto e rispettato le linee-guida o, in mancanza, le buone pratiche che risultano adeguate o adattate al caso concreto, tenuto conto altresì del grado di rischio da gestire e delle specifiche difficoltà tecniche dell'atto medico".

Schematizzando al massimo, la lettura offerta dalle Sezioni unite da un lato conferma che non è invocabile la nuova causa di esclusione della punibilità in alcuna ipotesi colposa connotata da negligenza o imprudenza e dall'altro reintroduce, nei casi d'imperizia, una gradazione della colpa, distinguendo casi e responsabilità. Si risponderà quindi: *i)* per imperizia sia grave che lieve allorquando siano state individuate erroneamente linee guida o buone pratiche (inadeguate alle specificità del caso concreto), richiamando l'obbligo del medico di disattenderle qualora le peculiarità del caso rendano ciò necessario; *ii)* per imperizia grave o lieve nell'ipotesi di errore esecutivo, qualora il caso concreto non sia regolato da linee-guida o buone pratiche; *iii)* solo per imperizia grave nel caso in cui l'errore nell'esecuzione sia accompagnato dalla corretta scelta e dal rispetto di linee-guida o buone pratiche, adeguate al caso concreto, tenuto conto "del grado di rischio da gestire e delle specifiche difficoltà tecniche dell'atto medico".

8.

A mo' di conclusione: impressioni 'a prima notizia di decisione' e scenari futuri.

In attesa del deposito delle motivazioni - e di potere sulla base di una loro attenta lettura formulare un più articolato commento - si può comunque avanzare qualche breve considerazione a prima lettura, basandosi sulla notizia di decisione (che in ogni caso, nelle more, assume un'utile funzione orientativa).

Anzitutto, le Sezioni unite non hanno ritenuto di sollevare - come pure richiesto dal Procuratore Generale e dalle parti civili nel corso dell'udienza - alcuna questione di legittimità costituzionale, per potenziale contrasto con gli artt. 3, 25, 27 e 32 Cost., probabilmente ravvisando una carenza in termini di rilevanza nel giudizio *a quo* (nel caso di specie, a quanto risulta, non erano state affatto prese in esame da parte dei medici imputati linee guida o buone pratiche).

In secondo luogo, non è stata accolta la lettura strettamente letterale, patrocinata nella sentenza Cavanna, che avrebbe condotto all'esclusione della punibilità per ogni ipotesi di errore esecutivo per imperizia nel rispetto di linee guida o buone pratiche adeguate e pertinenti al caso.

Di certo, il passaggio più rilevante appare il ripristino, in via interpretativa, della distinzione fra gradi della colpa. Invero, pur a fronte, nel passaggio dalla legge Balduzzi alla legge Gelli-Bianco, della soppressione di ogni riferimento testuale, si profila la *reviviscenza* di una gradazione mascherata, *sul solo terreno dell'imperizia*, in aderenza con quanto sostenuto nelle pagine che precedono (e, già prima, in sede di primo commento³⁰). Il *recuperato* grado della colpa assume peso e significatività proprio con riferimento alla controversa fattispecie di errore esecutivo nel rispetto di linee guida e buone pratiche, ove il contrasto - lo si è più volte ribadito - si è manifestato in maniera frontale. La soluzione prescelta dalle Sezioni unite è quella di ritagliare un'ipotesi di esclusione della colpa lieve laddove, per l'appunto, sia riscontrabile un errore per imperizia nella fase dell'esecuzione dell'atto medico, pur a fronte dell'esistenza di linee guida, correttamente individuate e pertinenti al caso concreto.

Sempre con riferimento al grado (e alla "gravità") dell'imperizia, s'innesta il richiamo alla necessità di tenere conto "del grado di rischio da gestire e delle specifiche difficoltà tecniche dell'atto medico". Il passaggio sembra in qualche modo rievocare e valorizzare la chiosa conclusiva della sentenza Tarabori, nella quale si richiamava l'applicabilità, in ambito penale, dell'art. 2236 c.c.,

³⁰ C. CUPELLI, *La responsabilità penale degli operatori sanitari e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 1774.

con particolare riguardo a quelle “situazioni tecnico scientifiche nuove, complesse o influenzate e rese più difficoltose dall’urgenza”, che “implicano un diverso e più favorevole metro di valutazione”; in queste circostanze, si precisava, il principio civilistico, che assegna rilevanza solo alla colpa grave, può continuare a trovare applicazione come “regola di esperienza cui attenersi nel valutare l’addebito di imperizia, qualora il caso concreto imponga la soluzione di problemi di speciale difficoltà”. A quanto si può desumere, secondo le Sezioni unite tale lettura conserva attualità e, richiamando ancora la sentenza Tarabori, “potrà orientare il giudizio in una guisa che tenga conto delle riconosciute peculiarità delle professioni sanitarie” (§. 11.1).

Allo stato, si può avanzare qualche perplessità in merito all’esclusione del ricordato innalzamento del grado di colpa punibile nel caso del medico tenuto a discostarsi da linee guida o buone pratiche “*quando la specificità del caso renda necessario lo scostamento*”. In siffatta ipotesi, invero, l’esistenza di fonti ‘qualificate’ dovrebbe per lo meno indiziare per una sorta di presunzione di affidamento da parte del sanitario; il che, a sua volta, implicherebbe che la necessità di discostarsi appaia evidente. Era questa, del resto, la *ratio* sottesa alla previsione contenuta all’art. 3, co. 1 della legge 189 del 2012, che andrà considerata, sul punto, più favorevole.

In ogni caso, nonostante l’intervento delle Sezioni unite, rimangono ancora aperti alcuni non meno rilevanti fronti problematici³¹, con i quali, inevitabilmente, la stessa giurisprudenza dovrà, prima o poi, *fare i conti*. A partire dalla preliminare questione se ci si trovi al cospetto di una condotta connotata da imperizia, imprudenza o negligenza e se il rimprovero colposo possa ritenersi grave o lieve e dal connesso rischio che, proprio in virtù della segnalata labilità del confine tra le varie ipotesi di colpa, in chiave accusatoria si tendano a trasformare casi di imperizia in imputazioni per negligenza e imprudenza, rispetto alle quali non valgono i profili di esenzione della responsabilità nelle ipotesi di ossequio alle linee guida (si tratta di un sospetto corroborato, ancora una volta, dall’esperienza maturata nella vigenza della legge Balduzzi e dalla peculiare *interpretatio abrogans* che ha condotto a sostituire il termine ‘colpa lieve’ con ‘imperizia lieve’); ovvero dal potenziale effetto *distorsivo indiretto* di una sopravvalutazione del ruolo delle linee guida in chiave di (automatica) affermazione della responsabilità in ogni caso di loro inosservanza da parte del medico, con la conseguente svalutazione delle regole di perizia non codificate. Con il risultato, a fronte di linee guida non sempre necessariamente tarate sull’obiettivo della migliore cura per il paziente, quanto piuttosto su esigenze di risparmio di spesa e contenimento dei costi (si pensi, emblematicamente, alla fase diagnostica), di compromettere l’obiettivo di allontanare dai medici la tentazione di garantire la loro *incolumità giudiziaria* prima di quella *fisica e psichica* dei pazienti sottoposti alle loro cure.

Senza dimenticare infine che, qualora sul punto le argomentazioni delle Sezioni unite dovessero risultare inappaganti, continueranno ad aleggiare dubbi di legittimità costituzionale, destinati a trasferire il conflitto interpretativo dinanzi alla Corte costituzionale.

³¹ Per l’approfondimento di ulteriori profili problematici – dalla verifica se, nel caso concreto, sussistano linee guida *davvero* ‘accreditate’ sulla base dei requisiti stabiliti all’art. 5 della legge n. 24 del 2017 e se queste siano state rispettate totalmente o solo in parte, sino al reale tasso di pertinenza di tali raccomandazioni alle specificità della situazione, oltre alla delimitazione del loro eventuale livello di distacco dalle esigenze e dalla patologia del paziente –, si rinvia, per tutti, a C. CUPELLI, *La responsabilità penale degli operatori sanitari e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, cit., p. 1773 ss.

Dibattimento a distanza vs. “autodifesa”?

Remote Participation in a Trial vs. “Self-defence”?

SERGIO LORUSSO

*Ordinario di Diritto processuale penale presso l’Università degli Studi di Foggia
sergio.lorusso@unifg.it*

DIBATTIMENTO A DISTANZA, DIRITTO DI DIFESA,
IMPUTATO, AUTODIFESA, CONTRADDITTORIO

REMOTE PARTICIPATION IN A TRIAL, RIGHT TO DEFENCE,
DEFENDANT, SELF-DEFENCE, AUDI ALTERAM PARTEM RULE

ABSTRACT

L’istituto della partecipazione a distanza al dibattimento è stato introdotto in Italia nel 1998 con una norma “a tempo”, relegata nelle disposizioni di attuazione e poi stabilizzata, che ha conosciuto una progressiva espansione. La l. 23 giugno 2017, n. 103, ne stravolge la portata, trasformando di fatto in regola un’eccezione i cui riverberi sull’effettività del contraddittorio e sull’esercizio del diritto di difesa sono indiscutibili, non potendo essere la partecipazione “virtuale” equiparata a quella fisica dell’imputato. Da qui l’esigenza di riconsiderare le conclusioni a cui sono giunte la Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell’uomo rispetto alla pregressa disciplina, anche per evitare il rischio che la partecipazione a distanza divenga in prospettiva la “normalità” nei dibattimenti che coinvolgono soggetti *in vinculis*, quale che sia il procedimento che ha originato lo *status detentionis*.

The phenomenon of remote participation in a trial, introduced in Italy in 1998 with a ‘sunset clause’ first relegated to implementing provisions and subsequently consolidated, has been progressively expanded. The law of 23 June 2017, no. 103, radically changes its scope by actually turning an exception into a rule, whose reflections on the efficacy of a cross-examination and on the exercise of right to defence are indisputable, since ‘virtual’ participation cannot be compared to the defendant’s physical presence in court. Hence the need to reconsider the conclusions outlined by the Italian Constitutional Court and the European Court of Human Rights with regard to previous legislation, also in order to avoid the risk that remote participation may in future become the ‘norm’ in a trial involving parties *in vinculis*, whatever the procedure that originated the *status detentionis* may be.

*Il contributo costituisce il testo, ampliato e integrato da un corredo essenziale di note, della relazione svolta dall’Autore in occasione del Convegno di studi dal titolo *Ancora manipolazioni della disciplina penale: la “riforma Orlando”*, tenutosi a Bari il 4 maggio 2017.

SOMMARIO

1. Lo scenario normativo di riferimento e il diritto alla difesa materiale. – 2. I contenuti della riforma: la “partecipazione a distanza” da eccezione a regola? – 3. Partecipazione “virtuale” al dibattimento e Costituzione. – 4. Uno spiraglio nella lettura della Corte europea dei diritti dell’uomo?

1.

Lo scenario normativo di riferimento e il diritto alla difesa materiale.

Il titolo di questa Relazione, per certi versi provocatorio, pone un interrogativo reso stringente dalla nuova formulazione dell’art. 146-*bis* delle disposizioni di attuazione del codice proposta dal disegno di legge Orlando, poi trasfuso nella l. 23 giugno 2017, n. 103: una formulazione assai complessa, che pone non poche perplessità e dubbi di compatibilità con il dato costituzionale.

Ma andiamo con ordine.

La previsione, sapientemente “relegata” dal legislatore nella normativa d’attuazione quasi a volerne sminuire la portata, regola, come sappiamo, la partecipazione al dibattimento a distanza ed è stata introdotta dalla l. 7 gennaio 1998, n. 11, quale disposizione “a tempo”, sollevando fin da subito dubbi di legittimità costituzionale per l’ipotizzata violazione del diritto di difesa, *sub specie* della difesa materiale *ex art. 24* comma 2 Cost.: questione giunta l’anno successivo all’attenzione della Corte costituzionale che, con la sentenza 22 luglio 1999, n. 342, affermava la legittimità della norma in quanto «ciò che occorre, sul piano costituzionale, è che sia garantita l’effettiva partecipazione personale e consapevole dell’imputato al dibattimento, e dunque che i mezzi tecnici, nel caso della partecipazione a distanza, siano del tutto idonei a realizzare la partecipazione», ritenendo, nel caso di specie, gli strumenti predisposti dal legislatore dotati di «incisività e completezza tali da rendere la normativa in questione aderente al principio sancito dall’art. 24» Cost.¹

Condivisa nelle sue conclusioni da gran parte della dottrina, la decisione non è stata apprezzata sul piano delle premesse e delle argomentazioni fondative², in quanto in sostanza afferma il principio che il legislatore può derogare alla regola della presenza fisica dell’imputato al dibattimento, senza per questo determinare di per sé un potenziale *vulnus* ai diritti dello stesso, a condizione di adottare strumenti tecnici che possano essere considerati equipollenti. In altri termini, la Consulta non ha effettuato un’operazione di bilanciamento d’interessi³ – come avrebbe potuto fare e come in tante altre occasioni ha fatto, proprio con riferimento alla presenza fisica dell’imputato in udienza⁴ – tra diritto di difesa ed esigenze di efficienza della macchina giudiziaria (espresse dai parametri indicati dalle lettere *a*) e *b*) del comma 1 dell’art. 146-*bis* disp. att. c.p.p.), aprendo il varco a potenziali, futuri ampliamenti della deroga al diritto dell’imputato di essere fisicamente presente al “suo” processo. Il rilievo è significativo, come vedremo, al fine di valutare i successivi sviluppi normativi che andiamo a esaminare.

Anche la Corte europea dei diritti dell’uomo, con la sentenza *Viola c. Italia* del 5 ottobre 2006⁵, ha ritenuto che non potesse ravvisarsi nessuna lesione del diritto di difesa nella previsione di cui all’art. 146-*bis* disp. att. c.p.p., in quanto il mezzo della videoconferenza permette all’imputato di seguire adeguatamente lo svolgimento del dibattimento, con la possibilità di rappresentare al giudice eventuali problemi tecnici che rendono difficoltoso il collegamento in videoconferenza. La Corte di Strasburgo ha pure rilevato incidentalmente che tale strumento è stato recepito – e dunque utilizzato – da vari accordi di cooperazione in materia giudiziaria penale.

¹ Corte cost., sentenza 22 luglio 1999, n. 342, in *Giur. cost.*, 1999, p. 2686 s.

² Cfr., in proposito, C. CONTI, *Partecipazione e presenza dell’imputato nel processo penale: questione terminologica o interessi contrapposti da bilanciare?*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 79 s.; D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, Milano, 2006, pp. 301 s. e 346 s.

³ In argomento v., in particolare, R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, *passim*; G. SCACCIA, *Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1998, p. 3953 s.

⁴ Cfr., sul punto, le considerazioni di R.A. RUGGIERO, *La sentenza sulle videoconferenze tra tutela del diritto di difesa ed esigenze di “durata ragionevole” del processo penale*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 830 s.

⁵ C.e.d.u., *Viola c. Italia*, 5 ottobre 2006, in *Cass. pen.*, 2007, p. 310 s.

In argomento v. diffusamente M. CHIAVARIO, *La “videoconferenza processuale” e la Corte europea dei diritti dell’uomo*, in AA. VV., *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, a cura di P. Corso e E. Zanetti, Piacenza, 2010, p. 95 s.

2.

I contenuti della riforma: la “partecipazione a distanza” da eccezione a regola?

Questo dunque lo stato dell'arte su cui interviene la modifica proposta dal disegno di legge Orlando, divenuto legge nel giugno 2017. Vediamo di analizzarne in sintesi i contenuti più significativi (e al contempo più problematici)⁶.

Il nuovo primo comma prevede che «la persona che si trova in stato di detenzione per taluno dei delitti indicati nell'articolo 51, comma 3-*bis*, nonché nell'articolo 407, comma 2, lettera *a*), numero 4), del codice, partecipa a distanza alle udienze dibattimentali dei processi nei quali è imputata, anche relativi a reati per i quali sia in libertà».

Emerge qui la prima, significativa differenza rispetto al dato normativo vigente.

La partecipazione a distanza, da eccezione legata alla sussistenza di determinati parametri, diviene la regola per tutti i processi cui è sottoposta la persona che sia detenuta per uno dei gravi reati ivi richiamati. Non è più necessario un provvedimento del giudice – a seconda dei casi, un decreto motivato o un'ordinanza (comma 2) – che la disponga, né una richiesta in tal senso, per il semplice fatto che la nuova norma dispone un automatismo in presenza di uno *status detentionis* legato alle fattispecie di reato elencate negli artt. 51 comma 3-*bis* e 407 comma 2 lett. *a*) c.p.p. Non è più la logica del doppio binario processuale⁷, insomma, ad ispirare necessariamente la previsione (o meglio, la ispira solo in parte e in via indiretta in quanto il processo in corso può non essere in materia di criminalità organizzata), e dunque a legittimare la contrazione del diritto all'autodifesa dell'imputato.

Ma soprattutto viene meno la necessità che si verifichi l'esistenza di uno dei casi previsti dall'attuale art. 146-*bis* disp. att. c.p.p.: *a*) la sussistenza di gravi ragioni di sicurezza o di ordine pubblico; *b*) la particolare complessità del dibattimento, quando la partecipazione a distanza risulti necessaria ad evitare ritardi nel suo svolgimento (quest'ultima valutata anche in relazione al fatto che nei confronti dell'imputato siano contemporaneamente in corso distinti processi presso diverse sedi giudiziarie).

Situazioni, certo di diverso peso, come la dottrina ha avuto opportunamente modo di rilevare, ma che avevano comunque l'effetto di ancorare la partecipazione a distanza a criteri normativi intelligibili, a una scelta discrezionale (ma pur sempre vincolata) del giudice. Se è vero infatti che il primo parametro si fondava su concetti di ampio uso e facile decifrazione, pur se a rischio indeterminatezza⁸, mentre il secondo appariva più evanescente, essendo i dibattimenti per i reati di quella gravità di per sé tendenzialmente complessi e comportando quasi sempre il trasferimento dell'imputato detenuto un differimento temporale, specie quando impegnato in più processi⁹, è altrettanto vero che l'obbligo per il giudice di motivare la propria decisione sul punto aveva l'effetto di porre un freno alla sua discrezionalità.

Ma v'è di più.

Nella nuova norma si prevede che la partecipazione a distanza operi anche nel caso in cui i soggetti predetti debbano rendere testimonianza in udienze penali o in udienze civili. Dunque, estensione della partecipazione obbligatoria a distanza in situazioni differenti da quelle in cui il soggetto ha il ruolo di imputato e che contribuiscono a delineare quello che potremmo definire uno statuto processuale del detenuto – in attesa di giudizio o condannato, non necessariamente in via definitiva – per reati in materia di criminalità organizzata, spostando l'accento dall'oggetto del procedimento in corso (per l'appunto, uno dei reati indicati dagli artt. 51 comma 3-*bis* e 407 comma 2 lett. *a*) n. 4 c.p.p.) alla causa della detenzione. Una sorta di diritto processuale penale dell'autore, quasi una presunzione (assoluta) di pericolosità (di dubbia costituzionalità) che fa ricadere uno stigma pesantissimo sulla persona detenuta per reati in materia di criminalità organizzata, destinato a divenire permanente dopo la condanna in via definitiva. Con un chiaro *vulnus*, nel caso della testimonianza, del principio del contradd-

⁶ Per un commento a prima lettura della novella legislativa v. C. PAPAGNO, *Le modifiche all'art. 146 bis disp. att.*, in AA. Vv., *La riforma Orlando*, a cura di G. Spangher, Pisa, 2017, p. 209 s.; G. PIZIALI, *Riforma Orlando*, in AA. Vv., *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda e G. Spangher, V ed., Milano, 2017, Tomo III, p. 3523 s.

⁷ Ritiene che l'intera riforma costituisca un'accentuazione del doppio binario processuale G. SPANGHER, *DDL n. 2067: sulle proposte di modifica al codice di procedura penale*, in *Giurisprudenza penale web*, fasc. 3/2017, p. 2; G. SPANGHER, *Riforma Orlando: alta velocità ... per il doppio binario*, in www.quotidianogiuridico.it, 10 ottobre 2016.

⁸ Cfr. L. KALB, *La partecipazione a distanza al dibattimento*, in AA. Vv., *Nuove strategie processuali per imputati pericolosi e imputati collaboranti*, coordinato da A.A. Dalia e M. Ferraioli, Milano, 1998, p. 43.

⁹ Si veda L. KALB, *La partecipazione a distanza*, cit., p. 52.

dittorio nella sua dimensione oggettiva, quale metodo di accertamento nel processo penale.

Anche la persona ammessa a programmi o misure di protezione, comprese quelle di tipo urgente o provvisorio, ai sensi del nuovo comma 1-*bis* «partecipa a distanza alle udienze dibattimentali dei processi nei quali è imputata», ribadendo così la scelta in favore dell'obbligatorietà (che oggi investe soltanto i soggetti sottoposti al trattamento di cui all'art. 41-*bis* comma 2 della l. 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni).

Una parziale attenuazione del potenziale deflagrante dell'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p. è contenuta nel comma 1-*ter*, in virtù del quale il giudice, «ad esclusione del caso in cui sono state applicate le misure di cui all'articolo 41-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, [...] può disporre con decreto motivato, anche su istanza di parte, la presenza alle udienze delle persone indicate nei commi 1 e 1-*bis* del presente articolo qualora lo ritenga necessario». Per certi versi, quella che oggi è la regola diviene l'eccezione. Non vi è chi non veda, tuttavia, come il parametro normativo adoperato – che evoca in parte quelli in materia probatoria degli artt. 507 comma 1 e 603 comma 3 c.p.p. – appaia ad alto tasso di discrezionalità.

A tale potenziale mitigazione del nuovo regime, d'altronde, si contrappone subito la previsione del comma 1-*quater*, che attribuisce al giudice il potere di disporre con decreto motivato la partecipazione a distanza, «qualora sussistano ragioni di sicurezza, qualora il dibattimento sia di particolare complessità e sia necessario evitare ritardi nel suo svolgimento, ovvero quando si deve assumere la testimonianza di persona a qualunque titolo in stato di detenzione presso un istituto penitenziario».

Come si vede, si mutuano, espandendoli, i parametri fino ad oggi presupposto per il dibattimento a distanza nei soli casi di procedimenti in materia di criminalità organizzata per allargare a dismisura la portata dell'istituto¹⁰, destinato evidentemente – a voler scrutare la *voluntas legis* – a diventare sempre più la “normalità” nei dibattimenti che vedono coinvolti soggetti non in libertà, qualunque sia la natura del procedimento che ha originato lo *status detentionis*.

Non solo.

Il nuovo art. 146-*bis* disp. att. c.p.p. è destinato ad operare a trecentosessanta gradi, investendo anche il rito camerale, il giudizio abbreviato e il procedimento di prevenzione.

Stabilisce infatti la novella legislativa che le rinnovate norme – e dunque l'automatismo applicativo, così come l'operatività discrezionale fuori dai casi dei processi in materia di criminalità organizzata – debbano applicarsi anche al procedimento camerale, modificando in tal senso l'art. 45-*bis* disp. att. c.p.p.

Ancora, per il giudizio abbreviato si prevede che si svolga in pubblica udienza, l'art. 134-*bis* disp. att. c.p.p. viene modificato nella medesima direzione, equiparandolo *in toto* al giudizio dibattimentale.

E lo stesso dicasi per il procedimento di prevenzione, ove viene sancita la regola dell'esame a distanza dei testimoni grazie alla modifica del art. 7 comma 8 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, e l'inserimento del riferimento agli art. 146-*bis* e 147-*bis* disp. att. c.p.p. (quest'ultimo prima solo in parte richiamato).

Il comma 4-*bis*, infine, prevede che, in tutti i processi nei quali si procede con il collegamento audiovisivo a distanza il giudice, su apposita istanza, possa consentire alle altre parti e ai loro difensori «di intervenire a distanza assumendosi [però] l'onere dei costi del collegamento». E qui la scarsa attenzione per i diritti di coimputati, imputati in procedimenti connessi e altre parti private in genere è evidente. Ed emerge, contemporaneamente, quell'esigenza di contenimento dei costi della giustizia – unita alla scarsa considerazione delle garanzie individuali – che è in realtà alla base della nuova disciplina del dibattimento a distanza.

3.

Partecipazione “virtuale” al dibattimento e Costituzione.

Così delineata la nuova normativa, veniamo ai rilievi in materia di compatibilità con la

¹⁰ Ad avviso di G. SPANGHER, *La riforma Orlando della giustizia penale: prime riflessioni*, in *questa Rivista*, n. 1/2016, p. 98, «il raggio d'azione della previsione si è dilatato al punto da far assumere al dibattimento una dimensione quasi surreale e da domandarsi verso quali ulteriori approdi si cercherà, non solo in relazione al dibattimento, ma anche nell'interlocuzione tra le parti, di far evolvere il modello.

Di completamento del «percorso di estensione dei casi», che «conferma anche la trasformazione della funzione che l'istituto è chiamato a svolgere», parla G. PIZIALI, *Riforma Orlando*, cit., p. 3524, sottolineando la conferma della «mutazione genetica [...] già emersa per effetto di interventi di riforma precedenti».

Carta costituzionale e con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, con una premessa.

Nessun dubbio che la partecipazione "virtuale" al dibattimento non sia equiparabile in tutto e per tutto alla presenza fisica dell'imputato¹¹, che incida giocoforza sulla percezione degli atti processuali, sull'oralità e sulla partecipazione alla formazione della prova, determinando la "rottura" della dimensione spaziale dell'udienza¹², uno dei contrassegni del processo accusatorio il quale, non a caso, richiede la presenza obbligatoria dell'accusato.

Com'è stato efficacemente osservato, l'imputato, che pure rappresenta la "posta in gioco" del processo, finisce per comunicare con il dibattimento in forma mediata e comunque parziale, non potendo osservare con i propri sensi il giudice, le parti e i difensori¹³. Si tratta, insomma, di una visione frammentaria del dibattimento, frutto della "smaterializzazione" del processo¹⁴. La *deminutio* del diritto di difesa materiale, dunque, è incontestabile: del resto, «poiché anche la difesa – come l'accusa e la decisione – è un giudizio, così la difesa privata, cioè l'autodifesa, si risolve in null'altro che in una partecipazione al giudizio su se stesso», essendo «la presenza in giudizio [...] non imposta ma predisposta accuratamente a tutela dell'imputato»¹⁵.

Analoghe considerazioni, anzi rafforzate, valgono nei casi in cui l'imputato sia oggetto di prova, in qualità di testimone, esaminato, in sede di ricognizione o di confronto, determinandosi in questi casi anche una lesione del principio del contraddittorio nella formazione della prova, inteso nella sua duplice valenza.

Il punto è se tali contrazioni di principi e di diritti fondamentali siano costituzionalmente sostenibili nel mutato scenario normativo che, come abbiamo visto, "normalizza" quella che era una eccezione, nata peraltro – come detto – "a tempo" e poi stabilizzata, svincolandola da determinati parametri.

Certo, se guardiamo al percorso interpretativo seguito dalla Corte nel 1999, prevale lo scetticismo in ordine ad una possibile, futura inversione di rotta della Consulta, avendo quest'ultima ancorato la legittimità della disciplina all'idoneità dei mezzi tecnici adoperati a realizzare la partecipazione dell'imputato senza nulla dire – e forse non a caso – sul sacrificio del diritto di difesa che la partecipazione "virtuale" al dibattimento comunque comporta per le ragioni anzidette. Anche se, va ricordato, la sentenza esaminò la disciplina *de qua* quando era ancora "a termine", e dunque di natura emergenziale, e la circostanza – probabilmente – non è stata priva di incidenza sui contenuti di una decisione nella quale si contesta al giudice remittente la confusione concettuale tra struttura della norma, configurazione del diritto e modalità pratiche di esercizio di quest'ultimo¹⁶.

Ed anche se, nel frattempo, è intervenuta la novella che ha costituzionalizzato le garanzie del "giusto processo", tra le quali rientra la piena esplicazione del diritto al contraddittorio, espressione del diritto di difesa che non può cedere il passo neanche al principio di ragionevole durata del processo: «tale eventualità», ad avviso della Consulta, deve infatti «essere esclusa, giacché il diritto di difesa ed il principio di ragionevole durata del processo non possono entrare in comparazione, ai fini del bilanciamento», in quanto «una diversa soluzione introdurrebbe una contraddizione logica e giuridica all'interno dello stesso art. 111 Cost., che da una parte imporrebbe una piena tutela del principio del contraddittorio e dall'altra autorizzerebbe tutte le deroghe ritenute utili allo scopo di abbreviare la durata dei procedimenti»¹⁷. Circostanza, quest'ultima, che può assumere rilievo al fine di valutare la costituzionalità del nuovo art. 146-*bis* comma 1-*quater* disp. att. c.p.p. Mentre, per quanto riguarda le ipotesi di

¹¹ La divergenza tra la presenza fisica in aula e quella realizzabile mediante il collegamento telematico, afferma G.P. VOENA, *Il telesame*, in AA. Vv., *L'esame e la partecipazione a distanza nei processi di criminalità organizzata*, a cura di E. Zappalà, Milano, 1999, p. 83, «non è riducibile a zero poiché la distanza tra i due fenomeni, anche utilizzando le tecnologie più sofisticate, resta, in ogni caso, incommensurabile».

¹² È quanto afferma G. FRIGO, *Videoconferenze giudiziarie: forti limiti all'oralità e al contraddittorio*, in AA. Vv., *Le nuove leggi penali*, Padova, 1998, p. 383.

¹³ G. FRIGO, *Videoconferenze giudiziarie*, cit., p. 386, secondo il quale «la "partecipazione a distanza" resta una partecipazione... di serie B».

¹⁴ Così P. BRONZO, *Partecipazione al dibattimento ed esame a distanza: la verifica giurisdizionale sui presupposti per il ricorso ai collegamenti audiovisivi e le esigenze della difesa*, in AA. Vv., *La giustizia penale differenziata*, vol. III, *Gli accertamenti complementari*, coordinato da M. Montagna, Torino, 2011, p. 984.

¹⁵ In questi termini G. FOSCHINI, *L'imputato. Studi*, Milano, 1956, p. 30-31.

¹⁶ Successivi interventi dei giudici di legittimità si sono tradotti in declaratorie di manifesta infondatezza e di manifesta inammissibilità delle questioni proposte: cfr. Corte cost., ordinanza 22 giugno 2000, n. 234, in *Giur. cost.*, 2000, p. 1087 s.; ordinanza 26 novembre 2002, n. 483, in *Giur. cost.*, 2002, p. 4019 s. (ove però si afferma che «mediante la partecipazione al dibattimento a distanza viene assicurato il "livello minimo di garanzie" necessario per tutelare il diritto di difesa di imputati detenuti per reati di eccezionale gravità», il cui diritto di partecipare al dibattimento «va temperato con le esigenze di sicurezza della collettività e dell'ordinato svolgimento dei processi»); ordinanza 9 marzo 2004, n. 88, in *Giur. cost.*, 2004, p. 2300 s.).

¹⁷ Corte cost., sentenza 4 dicembre 2009, n. 317, in *Giur. cost.*, 2009, p. 4747 s., con nota di G. UBERTIS, *Sistema multilivello dei diritti fondamentali e prospettiva abolizionistica del processo contumaciale*.

automatismo applicativo è lecito dubitare della loro ragionevolezza, ipotizzando una disparità di trattamento censurabile *ex art. 3 Cost.* e non altrimenti giustificabile, legata com'è semplicemente allo *status detentionis* per i più gravi reati in materia di criminalità organizzata; nonché una violazione della presunzione di non colpevolezza *ex art. 27 comma 2 Cost.* nei casi in cui la persona detenuta sia in attesa di giudizio, derivando la menomazione del diritto di difesa proprio dall'imputazione che deve essere ancora accertata.

Il pericolo è che le imperanti logiche securitarie ed efficientistiche che connotano ormai il sistema della giustizia penale sminuiscano tali rilievi.

Eppure il Patto internazionale sui diritti civili e politici di New York del 16 dicembre 1966, ratificato anche dall'Italia, all'art. 14 § 3 lett. *d*) afferma che «ogni individuo accusato di un reato ha diritto [...] ad essere presente al processo».

E la Direttiva (UE) 2016/343 del 9 marzo 2016 ribadisce per gli Stati membri l'obbligo di garantire a indagati e imputati «il diritto di presenziare al proprio processo» (art. 8 comma 1).

Che si tratti di un tema sensibile, del resto, lo traiamo – in un diverso contesto – anche dalla Raccomandazione del Consiglio dell'Unione Europea C 250 del 31 luglio 2015 (dedicata alle videoconferenze transfrontaliere)¹⁸, ove si legge che «occorrerebbe assicurare che la videoconferenza, pur tutelando maggiormente gli indagati, le vittime, i testimoni e le persone vulnerabili, non pregiudichi i diritti della difesa; occorre prestare attenzione a garantire il rispetto dei principi di immediatezza, di eguaglianza delle armi e di contraddittorio. Ciò comporta l'utilizzo di apparecchiature che siano aggiornate, al fine di conseguire un livello sufficiente di qualità audio e video, e sicure in misura proporzionale alla sensibilità del caso».

4. Uno spiraglio nella lettura della Corte europea dei diritti dell'uomo?

Maggiori speranze possono, allora, venire dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, che pure ha ritenuto idoneo come detto lo strumento della videoconferenza a seguire il dibattito, ma che nell'interpretare l'art. 6 § 3 CEDU – espressione di diritti di natura partecipativa i quali dovrebbero presupporre per una loro piena esplicazione la presenza fisica dell'imputato – nella sentenza del 2006 prima richiamata, dopo aver ricordato che i diritti di cui alla previsione richiamata rappresentano aspetti particolari del diritto ad un “processo equo” garantito dal § 1 della medesima norma e che «la comparizione di un imputato riveste una fondamentale importanza nell'interesse di un processo penale equo e giusto, sia in ragione del diritto dell'imputato di essere ascoltato, sia in ragione della necessità di controllare l'esattezza delle sue affermazioni e di confrontarle con quelle della vittima, di cui si devono tutelare gli interessi, oltre che con quelle dei testimoni», dovendo «ogni misura che limiti i diritti di difesa [...] essere assolutamente necessaria», ha affermato come spetti «alla Corte assicurarsi che la sua applicazione in ogni fattispecie persegua uno scopo legittimo» tutelato dalla Convenzione «e che le sue modalità di svolgimento siano compatibili con le esigenze del rispetto dei diritti di difesa»¹⁹. Affermazione ribadita poi in C.e.d.u. 27 novembre 2007, *Asciutto c. Italia*²⁰, e in C.e.d.u. 27 novembre 2007, *Zagaria c. Italia*²¹.

In sostanza la Corte europea, nel suo riferirsi al perseguimento di scopi legittimi – individuati nel caso di specie nella tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico a fronte «di gravi delitti legati ad attività mafiose» rispetto ai quali non è «irragionevole pensare che i suoi affiliati possano, anche con la loro semplice presenza nell'aula di udienza, esercitare pressioni indebite sulle altre parti del processo, in particolare sulle vittime e sui pentiti», nella prevenzione di ulteriori reati e nella tutela della durata ragionevole dei processi²² – effettua ed impone un bilanciamento di interessi.

Il che potrebbe in futuro aprire un varco a un'interpretazione garantista non solo rispetto ai casi di partecipazione obbligatoria e automatica introdotti dalla l. 103 del 2017, ma anche

¹⁸ V., in proposito, S. BUZZELLI, *Le videoconferenze transnazionali*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, p. 326 s.

¹⁹ C.e.d.u., *Viola c. Italia*, 5 ottobre 2006, cit.

²⁰ C.e.d.u. 27 novembre 2007, *Asciutto c. Italia* in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1189 s., con nota di P. CORVI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo sul regime detentivo speciale*.

²¹ C.e.d.u. 27 novembre 2007, *Zagaria c. Italia*, inedita.

²² C.e.d.u., *Viola c. Italia*, 5 ottobre 2006, cit.

in relazione a quelli facoltativi che prescindono dal titolo dell'imputazione contestata, sempre a patto che la Corte di Strasburgo voglia disattendere un *trend* favorevole, a livello internazionale, allo strumento delle videoconferenze.

Perché sempre più la gestione della giustizia penale nel terzo millennio sembra rispondere ad esigenze pragmatiche – si parla oggi di giustizia elettronica europea, di delocalizzazione probatoria – e a criteri economici, relegando nelle retrovie la tutela delle garanzie individuali.

E la nuova disciplina delle videoconferenze, in definitiva, appare coerente, più che con un processo penale dei diritti, con una concezione manageriale (dal sapore tecnocratico) della giustizia.

La sicurezza urbana e i suoi custodi (il Sindaco, il Questore e il Prefetto)

Un contributo interdisciplinare sul c.d. decreto Minniti

Urban Security and Its Guardians (Sindaco, Questore and Prefetto)

An Interdisciplinary Essay on the “Minniti” Law

CARLO RUGA RIVA, ROBERTO CORNELLI, ALESSANDRO SQUAZZONI,
PAOLO RONDINI E BARBARA BISCOTTI*

Università di Milano-Bicocca

*carlo.rugariva@unimib.it, roberto.cornelli@unimib.it, alessandro.squazzoni@unimib.it,
paolo.rondini@unimib.it, barbara.biscotti@unimib.it*

SICUREZZA URBANA, ORDINANZE, POLITICA CRIMINALE

URBAN SECURITY, LOCAL ORDERS, CRIMINAL POLICY

ABSTRACT

Il d.l. n. 42/2008, convertito con modificazioni nella l. n. 48/2017 (c.d. decreto Minniti sulla sicurezza urbana), costituisce l'ultima tappa di un cammino ormai decennale, caratterizzato dal moltiplicarsi di soggetti e poteri funzionali alla tutela della sicurezza urbana.

Le varie misure in commento sono riconducibili ad un proteiforme diritto punitivo municipale, di difficile catalogazione ma di sicuro impatto sui diritti costituzionali.

L'analisi, svolta a più mani, si concentra sui profili penali, criminologici e amministrativi della nuova disciplina, per poi interrogarsi sul suo significato politico-criminale, sugli antecedenti storici e sul suo complessivo significato culturale.

The “Minniti” Law on Urban Security (n. 48/2017) is the last stage of a set of acts aimed to involve even more institutions in tackling the emerging issue of urban security.

Different measures are discussed in this paper in relation to the protean framework of the so-called “local penal law”, that is on the border of the Italian rule of law and often in contrast with the constitutional rights.

Penal, criminological and administrative aspects are analyzed from different perspectives; then, cultural dimensions and historical antecedents are questioned in order to explore the impact of the new law on public policies.

*Il contributo è frutto di riflessione comune. Il par. 1 è stato scritto da C. Ruga Riva, il par. 2 da Roberto Cornelli, il par. 3 da A. Squazzoni, il par. 4 da P. Rondini, il par. 5 da B. Biscotti.

SOMMARIO

1. L'impianto della legge n. 48/2017, la nozione di "sicurezza urbana" e le sanzioni previste per la sua violazione. – 1.1. La tutela dei luoghi. – 1.2. Sanzioni per i parcheggiatori abusivi. – 1.3. Gli interventi sulla sospensione condizionale della pena. – 1.4. È applicabile l'art. 650 c.p. ai trasgressori dei provvedimenti amministrativi a tutela della sicurezza urbana? – 2. Sicurezza integrata e sicurezza urbana: quale benessere per la comunità? – 2.1. Verticalità temperata e ambiti della sicurezza integrata. – 2.2. Tra segnali di degrado e marginalità sociale: gli obiettivi dei patti. – 2.3. Sicurezza versus welfare: una via securitaria al benessere della comunità. – 3. I rimodulati poteri di ordinanza del Sindaco. – 3.1. L'ordine di allontanamento dell'organo accertatore. – 3.2. Le disposizioni in materia di occupazioni arbitrarie di immobili. – 4. Sicurezza urbana e ordinanze sindacali. Novità o continuità con il passato? – 5. Le pressioni della storia. – 6. Topologie di eccezione.

1. L'impianto della legge n. 48/2017, la nozione di "sicurezza urbana" e le sanzioni previste per la sua violazione.

Il 21 aprile 2017 è stata pubblicata in Gazzetta Ufficiale la legge n. 48 recante "Disposizioni urgenti in materia di sicurezza delle città", di conversione, con modificazioni, del d.l. n. 42 del 20 febbraio 2017¹.

La legge, emanata su proposta dal Presidente del Consiglio dei ministri e dal Ministro dell'Interno, di concerto con i Ministri della giustizia e per gli affari regionali, mira a rafforzare la *sicurezza urbana*, definita come "il bene pubblico che afferisce alla vivibilità e al decoro delle città, da perseguire anche attraverso interventi di riqualificazione, anche urbanistica, sociale e culturale, e recupero delle aree o dei siti degradati, l'eliminazione dei fattori di marginalità ed esclusione sociale, la prevenzione della criminalità, in particolare di tipo predatorio, la promozione della cultura rispetto della legalità e l'affermazione di più elevati livelli di coesione sociale e convivenza civile..." (art. 4).

Il concetto di sicurezza urbana trova specificazione (si fa per dire) negli scopi cui il legislatore indirizza i rafforzati poteri dei sindaci (cfr. *infra*, 3).

L'art. 54, co. 4 bis del TUEL, così come modificato dall'art. 8 della legge in commento, precisa che i provvedimenti adottati dal sindaco quale *ufficiale di governo* in tema di sicurezza urbana sono diretti a "prevenire e contrastare l'insorgere di *fenomeni criminosi o di illegalità*, quali lo spaccio di stupefacenti e lo sfruttamento della prostituzione, la tratta di persone, l'accattonaggio con impiego di minori e disabili, ovvero riguardanti *fenomeni di abusivismo*, quale l'illecita occupazione di spazi pubblici, o di *violenza, anche legati all'abuso di alcool o all'uso di sostanze stupefacenti*".

D'altro canto il sindaco, quale *rappresentante della comunità locale*, può adottare ordinanze, anche contingibili e urgenti, volte a contrastare situazioni di *grave incuria e degrado del territorio*, dell'ambiente e del patrimonio culturale o di *pregiudizio del decoro e della vivibilità urbana*, con particolare riferimento alle esigenze di *tutela della tranquillità e di riposo dei residenti*.

Breve: il sindaco diviene co-protagonista della politica criminale: sia in senso stretto, ricevendo poteri di ordinanza volti a "prevenire e contrastare l'insorgere di fenomeni criminosi", sia in senso lato, vedendosi investito di poteri di più ampio contrasto a fenomeni (ubriachezza, illegalità diffusa, degrado del territorio, pregiudizio del riposo dei residenti) indirettamente considerati propizi al crimine.

Il primo mandato è assai discutibile, finendo con il consegnare ai sindaci poteri di prevenzione e repressione di fatti che il legislatore penale già incrimina autonomamente (sfruttamento prostituzione, tratta di persone, spaccio di stupefacenti), o che già ha ritenuto di depenalizzare, configurandoli come illecito amministrativo (ubriachezza in luogo pubblico) o abrogare (accattonaggio).

Tale scelta comporta nel primo caso il convergere su determinati fenomeni (e autori) di una pluralità di strumenti sanzionatori; nel secondo rischi di *bis in idem* amministrativo; nel

¹ Sul decreto legge, per un primo commento, cfr. C. RUGA RIVA, *Il d.l. in materia di sicurezza delle città: verso una repressione urbi et orbi?*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3/2017, p. 272 ss.; R. CORNELLI, *Decreto sicurezza, un concetto pigliatutto poco mirato sui diritti*, in *Guida al Diritto, Il Sole 24 ore*, n. 13, 18 marzo 2017, 10 ss. Sulla legge di conversione, con particolare riferimento alle misure di prevenzione e al Daspo, cfr. C. FORTE, *Il decreto Minniti: sicurezza integrata e "D.A.S.P.O. urbano"*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 5/2017, p. 175 ss.

terzo caso di impropria resurrezione a macchia di leopardo di opposte scelte abolizioniste adottate dal legislatore.

Il secondo mandato (concernente il contrasto al degrado del territorio e la promozione del decoro e della vivibilità urbana) attribuisce ai sindaci poteri penetranti (cfr. *infra*, 3) che mal si conciliano con la vaghezza degli scopi perseguiti.

La nuova definizione di sicurezza urbana, come evidente, si pone in continuità con quella contenuta nel d.m. Interno del 5 agosto 2008 (c.d. decreto Maroni)², in attuazione della l. n. 125/2008, a dimostrazione che, a dispetto dell'intitolato legislativo, i casi straordinari di necessità e urgenza richiesti dall'art. 77 della Costituzione quale presupposto della decretazione d'urgenza sono assai discutibili: si tratta di una nuova normativa che mira a regolare un problema non nuovo, né divenuto di maggiore gravità rispetto al passato, e già ampiamente dibattuto nel primo pacchetto sicurezza urbana (l. 125/2008) e nei provvedimenti ad esso collegati, come ad es. la l. n. 94/2009 recante disposizioni in materia di sicurezza pubblica, nota tra l'altro per avere disciplinato le c.d. ronde urbane³.

Anzi, nel dossier di studi annesso ai lavori preparatori si ricorda che l'ultima relazione al Parlamento del Ministro dell'Interno sull'attività delle forze di polizia, sullo stato dell'ordine e della sicurezza pubblica e sulla criminalità organizzata, del 2015, dà conto di una *diminuzione dei reati* del 4,47% rispetto all'anno 2014.

Tuttavia, come ammesso (confessato?) nella relazione governativa al decreto legge⁴, la normativa mira innanzitutto a *rassicurare* i cittadini sull'impegno dello Stato (nelle sue varie articolazioni anche territoriali), a migliorare la loro *percezione* della sicurezza delle città.

In altre parole la legge punta più (immediatamente) a contrastare l'insicurezza vissuta dai ben-viventi che a prevenire/reprimere le condotte tenute dei mal-viventi.

Ebbene, nel breve medio periodo le esigenze di assicurazione sono forse soddisfatte semplicemente (semplicisticamente) con l'emaneazione della legge e con la propalazione massmediatica delle varie misure adottate o adottabili, a prescindere dalla loro efficacia concreta.

Viceversa la reale prevenzione/repressione della illegalità diffusa (e di comportamenti contrari al decoro, alla coesione sociale ecc.) andrà valutata nel futuro di più lungo periodo, sulla base di rilevazioni statistiche affidabili e di una verifica seria della praticabilità ed efficienza (rispetto allo scopo) dei vari strumenti che la legge attribuisce, come vedremo, al sindaco, al questore e al prefetto, i tre custodi della sicurezza urbana.

In questo contributo a più mani si analizzerà la disciplina in commento indagandone i profili penali, criminologici e amministrativi, per poi verificarne gli antecedenti storici e il significato culturale più ampio.

Il taglio interdisciplinare mira in sintesi ad una lettura degli aspetti punitivi (in senso lato) connessi agli strumenti introdotti dalla nuova normativa, a cavallo tra norme organizzative, amministrative e penali, tutte incentrate e convergenti sul concetto di sicurezza urbana, dalla quale pertanto è opportuno prendere le mosse.

La sicurezza urbana si atteggia come *bene giuridico onnivoro*, tanto ampio da promettere scarsissima capacità selettiva rispetto a comportamenti predeterminati, e non privo di venature estetiche (il "decoro delle città") e soggettivo-emozionali (la "vivibilità").

E' un *bene-scopo*, che lo Stato mira a proteggere attraverso interventi di varia natura – (di

² Decreto Min. Interno 5 agosto 2008: "bene pubblico da tutelare attraverso attività poste a difesa, nell'ambito delle comunità locali, del rispetto delle norme che regolano la vita civile, per migliorare le condizioni di vivibilità dei centri urbani, la convivenza civile e la coesione sociale"; tale definizione, più sintetica di quella odierna, va letta in unione con l'art. 2 del decreto Maroni, ai sensi del quale Ai sensi di quanto disposto dall'art. 1, il sindaco interviene per prevenire e contrastare:

a) le situazioni urbane di degrado o di isolamento che favoriscono l'insorgere di fenomeni criminosi, quali lo spaccio di stupefacenti, lo sfruttamento della prostituzione, l'accattonaggio con impiego di minori e disabili e i fenomeni di violenza legati anche all'abuso di alcool;
b) le situazioni in cui si verificano comportamenti quali il danneggiamento al patrimonio pubblico e privato o che ne impediscono la fruibilità e determinano lo scadimento della qualità urbana; c) l'incuria, il degrado e l'occupazione abusiva di immobili tali da favorire le situazioni indicate ai punti a) e b);
d) le situazioni che costituiscono intralcio alla pubblica viabilità o che alterano il decoro urbano, in particolare quelle di abusivismo commerciale e di illecita occupazione di suolo pubblico;
e) i comportamenti che, come la prostituzione su strada o l'accattonaggio molesto, possono offendere la pubblica decenza anche per le modalità con cui si manifestano, ovvero turbano gravemente il libero utilizzo degli spazi pubblici o la fruizione cui sono destinati o che rendono difficoltoso o pericoloso l'accesso ad essi".

³ Cfr. C. RUGA RIVA, *Inosservanza di provvedimenti dell'autorità e ordinanze sindacali in materia di sicurezza urbana. Nuove questioni, vecchi problemi*, in M. BERTOLINO, L. EUSEBI, G. FORTI, (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, vol. III, Jovene, Napoli, 2011, 1685 ss.

⁴ "La nuova società, ormai tendenzialmente multi-etnica, richiede... – unitamente ai necessari interventi di sostegno rivolti ai «nuovi consociati» – una serie di misure di *rassicurazione della comunità civile* globalmente intesa, finalizzate a rafforzare la *percezione* che le pubbliche istituzioni concorrono unitariamente alla gestione delle conseguenti problematiche, nel superiore interesse della coesione sociale...".

riqualificazione urbanistica, sociale e culturale, di recupero di aree degradate, di eliminazione di marginalità ed esclusione sociale, di prevenzione della criminalità, di promozione della cultura della legalità ecc.) (art. 4) –, indicati in via *esemplificativa*, come si desume dall’*“anche”* che precede l’elenco.

Così intesa la sicurezza urbana, a ben vedere, più che un bene giuridico afferrabile si pone come un’*aspirazione esistenziale alla vita serena*, ovvero, in versione più comunitaria, un *obbiettivo politico* di benessere delle comunità territoriali, come in effetti recita l’art. 1.

Una sorta di *contenitore emotivo* che vorrebbe riassumere un *sentimento collettivo*.

La vaghezza dell’interesse protetto non può che partorire strumenti laschi, destinati ad essere maneggiati senza troppe cautele dagli attori di un disegno così ambizioso: l’esperienza delle ordinanze dei sindaci all’indomani del primo pacchetto sicurezza, talune bizzarre, talaltre palesemente discriminatorie, lo ha già dimostrato, e i nuovi o rafforzati strumenti rischiano di peggiorare il quadro della *fantasia (giuridica) al potere*⁵.

Due esempi, l’uno antecedente e il secondo successivo all’entrata in vigore della normativa in commento, il primo di un sindaco di centro-sinistra, il secondo di centro-destra.

Il Sindaco di Ventimiglia ha vietato con ordinanza la somministrazione di cibo e bevande ai migranti su area pubblica da parte di persone non autorizzate, ovvero al di fuori dei due luoghi preposti sul territorio comunale, gestiti dalla Croce Rossa e dalla Caritas.

Appena dopo l’entrata in vigore del decreto legge n. 14/2017, il Sindaco di Gallarate ha emanato un’ordinanza contingibile e urgente, poi sostituita da altra successiva alla conversione in legge (Ord. n. 4/2017), valida per 120 giorni, con la quale pone “il divieto di 1) bivaccare nel centro abitato e il divieto di consumare bevande alcoliche, al di fuori delle aree pertinenti dei pubblici esercizi regolarmente autorizzati; 2) detenere o utilizzare strumenti idonei all’imbrattamento di immobili e arredi urbani; 3) praticare ogni forma di accattonaggio, sollecitare o richiedere denaro o altra utilità economica, con particolare riguardo ai parcheggi pubblici o nelle (*sic*) adiacenze dell’ospedale cittadino”.

L’ordinanza prevede che l’organo accertatore possa disporre l’allontanamento del trasgressore, qualora la violazione sia stata commessa nelle pertinenze della stazione ferroviaria, dandone informativa alle autorità e ai servizi sociali.

L’ordinanza pone problemi già sorti in costanza della precedente esperienza delle ordinanze “creative”: l’interferenza con diritti costituzionalmente garantiti (ad es. la libertà di riunione ex art. 17 Cost.) e la relativa legittimità di provvedimenti amministrativi che li limitano; la vaghezza del divieto (cosa si intende per bivacco? Il mero assembramento di persone sedute a bighellonare, come potrebbe evincersi dal preambolo dell’ordinanza? O lo sdraiarsi o il dormire in luogo pubblico?); la legittimità di ordinanze che, indirettamente, cioè ove violate reiteratamente, costituiscono il presupposto di sanzioni, irrogate dal questore, limitative della libertà di circolazione fino a due anni; la legittimità di divieti (l’acattonaggio) oggetto di depenalizzazione con l. n. 205/1999, con consapevole rinuncia, da parte del legislatore statale, ad ogni sanzione, quand’anche amministrativa, e addirittura dichiarato incostituzionale nella forma non molesta, forma che viceversa verrebbe sanzionata nel Comune di Gallarate (e nei tanti altri ove vigono divieti analoghi).

Insomma, vengono attribuiti al sindaco in prima battuta, e più stabilmente al questore, in seconda battuta, provvedimenti fortemente limitativi di libertà personali, rispetto a condotte “disturbanti” (il decoro o la vivibilità) dai contorni assai vaghi, che i Sindaci selezioneranno in modo assai disomogeneo sul territorio nazionale, con ovvie tensioni sul principio di uguaglianza, a seconda di concezioni largamente soggettive del benessere delle comunità da loro amministrare.

Nel concetto di sicurezza, come sottolineato nella relazione al disegno di legge n. 4310 presentato alla Camera dei Deputati (p. 2), convergono un’idea di *sicurezza primaria* (prevenzione e repressione dei reati) ed un’idea di *sicurezza secondaria*, volta alla “prevenzione situazionale” di situazioni di degrado e di promozione di fattori di coesione sociale

In sintesi, la legge mira alla promozione di un’*“sistema unitario integrato di sicurezza per il benessere delle comunità territoriali”* (art. 1, co. 2), in un’accezione non scevra da venature soggettive, come si evince dal ricordato incipit della Relazione governativa.

In sede di conversione in legge l’aspetto promozionale della sicurezza secondaria, larga-

⁵ Cfr. ANCI, *Oltre le ordinanze. I sindaci e la sicurezza urbana*, II ed., 2009, consultabile in www.cittalia.it. Per i relativi profili penali v. GROTTI, *Potere di ordinanza e diritto penale sostenibile*, 397 ss. e RUGA RIVA, *Diritto penale e ordinanze sindacali. Più sanzioni per tutti, anche penali?*, entrambi in *Le Regioni*, n. 1-2/2010, ove sono consultabili vari lavori che toccano anche i profili costituzionali e amministrativi.

mente trascurato nell'originario decreto⁶, ha trovato spazio attraverso il co. 2-*bis* dell'art. 1, il quale ha aggiunto che concorrono alla promozione della sicurezza integrata gli interventi per la *riqualificazione urbana* e per la sicurezza nelle periferie delle città metropolitane e dei comuni capoluogo di provincia", finanziati con i fondi della legge n. 232/2016.

A bene vedere l'aggiunta pare un poco posticcia, perché richiama un provvedimento di oggetto più ampio, dedicato al finanziamento degli investimenti e dello sviluppo infrastrutturale del Paese (all'interno del quale vengono menzionati il contrasto al dissesto idrogeologico e il sostegno alle attività industriali ad alta tecnologia, e non solo investimenti per la riqualificazione urbana e la sicurezza delle periferie), nulla aggiungendo, di per sé, in termini di finanziamenti e azioni per il futuro nell'ottica di una politica della sicurezza davvero integrata, e nulla prevedendo per le città non metropolitane e non capoluogo di provincia.

Del resto, e più in generale, la legge investe poco in sicurezza: 7 milioni di Euro per il 2017 e 15 milioni di Euro per il 2018 per l'installazione di sistemi di videosorveglianza (art. 5, co. 2-ter); 2.500.000 Euro per l'assunzione di personale della polizia locale (art. 7, co. 2-bis e 2-ter), comunque più del nulla previsto nell'originario decreto legge, tutte somme tolte ad altri capitoli di spesa, tanto che la legge prevede la solita clausola di neutralità finanziaria (art. 17), e che persino i componenti del comitato metropolitano sulla sicurezza urbana vi partecipano *gratis et amore securitatis*, non avendo diritto nemmeno ai rimborsi spese (art. 6).

Anche l'aspetto della sicurezza situazionale è stato apparentemente ridimensionato in sede di conversione: attraverso apposito emendamento è venuto meno il riferimento alle "situazioni che favoriscono l'insorgere di fenomeni criminosi..." (art. 54 co. 4-bis TUEL), sostituito dal riferimento alla prevenzione e contrasto dei fenomeni sopra menzionati; tuttavia, la modifica va intesa verosimilmente come mera variante linguistica, dato che l'oggetto dell'intervento sindacale sembra rimanere lo stesso.

Lobbiettivo della sicurezza urbana è perseguito attraverso un modello di *sicurezza integrata di tipo verticale* (cfr. *infra*, 2): Stato, Regioni, Province autonome ed enti locali, nonché altri soggetti istituzionali, sono chiamati, ciascuno nell'ambito delle proprie competenze e responsabilità, alla promozione e all'attuazione di un sistema unitario e, appunto, integrato (art. 1).

Di qui la previsione di molteplici *strumenti di coordinamento* (cfr. *infra*, 2.2.): accordi per la promozione della sicurezza integrata, sia a livello nazionale, attraverso linee generali delle politiche pubbliche, da concordarsi in sede di Conferenza Unificata (art. 2), sia a livello locale, attraverso specifici accordi (art. 3); patti per la sicurezza urbana sottoscritti da Prefetto e Sindaco (art. 5); comitato metropolitano, copresieduto dal prefetto e dal sindaco metropolitano, cui partecipano i sindaci dei comuni interessati (art. 6).

Al sistema integrato di tipo verticale è stato affiancato, solo in sede di conversione in legge, un più modesto approccio di tipo orizzontale: l'art. 5, co. 2 lett a) prevede il coinvolgimento di volontari per la tutela e la salvaguardia dell'arredo urbano, delle aree verdi e dei parchi cittadini nella prevenzione della criminalità; l'art. 5, co. 2 lett. c-bis prevede il coinvolgimento di enti e associazioni operanti nel privato sociale ai fini della promozione dell'inclusione, della protezione e della solidarietà sociale.

Al di là dei luoghi del coordinamento (conferenza unificata, patti per la sicurezza, comitato metropolitano, accordi vari), i soggetti istituzionalmente preposti alla promozione della sicurezza urbana sono essenzialmente tre, come nei western: il *sindaco*, il *questore* e – in misura minore – il *prefetto*.

1.1.

La tutela dei luoghi.

Il sindaco diviene poi il motore e gestore della complessa disciplina posta a *tutela del decoro di particolari luoghi* (art. 9, co. 1), ovvero delle "aree interne delle infrastrutture, fisse e mobili, ferroviarie, aeroportuali, marittime e di trasporto pubblico locale, urbano ed extraurbano e delle relative pertinenze", rispetto a condotte "che impediscono l'accessibilità e la fruizione delle predette infrastrutture, in violazione dei divieti di stazionamento e di occupazione di spazi ivi previsti", anche se tenute da ubriachi, erotomani esibizionisti e parcheggiatori abusivi (art. 9, co. 2).

⁶ Per una critica a tale lacuna v. C. RUGA RIVA, *Il d.l. in materia di sicurezza delle città*, cit.

Secondo la relazione illustrativa al disegno di legge per infrastrutture fisse e mobili si intendono anche quelle secondarie e complementari, necessarie al funzionamento della infrastruttura principale: ad es., anche carrozze della metropolitana e, aggiungiamo, autobus, e pensiline dell'autobus, tram ecc.

Il sindaco è l'autorità competente ad irrogare la sanzione (da 100 a 300 euro), cui si accompagna l'ordine di allontanamento dalle aree predette; nell'ordine di allontanamento va precisato che la sua efficacia cessa trascorse 48 ore dall'accertamento del fatto e che la sua violazione è assoggetta a sanzione amministrativa pecuniaria.

Nei casi di reiterazione delle condotte di trasgressione ai divieti di stazionamento e occupazione degli spazi sopra indicati, il *questore*, "qualora dalla condotta tenuta possa derivare pericolo per la sicurezza" (art. 9, co. 2) può disporre il divieto di accesso ai luoghi tutelati per un periodo non superiore a sei mesi.

Per l'ipotesi più grave (reiterazione della trasgressione al divieto commessa da "soggetto condannato con sentenza definitiva o confermata in grado di appello nel corso degli ultimi cinque anni per reati contro la persona o il patrimonio"), sanzionata con divieto di accesso da 6 mesi a 2 anni si prevede che il provvedimento del questore sia soggetto alle disposizioni di cui all'art. 6, commi 2-bis, 3 e 4 della legge 13 dicembre 1989, n. 401 (c.d. *Daspo*⁷), ovvero tra l'altro alla convalida dell'autorità giudiziaria (con ordinanza del Giudice delle indagini preliminari su richiesta della Procura della Repubblica presso il Tribunale, provvedimento ricorribile in Cassazione).

Analoghi poteri "interdittivi", per la durata da uno a cinque anni, sono attribuiti al questore, "per ragioni di sicurezza" nel caso di spaccio di sostanze stupefacenti, da parte di persone condannate negli ultimi tre anni con sentenza definitiva o confermata in grado di appello per il reato di cui all'art. 73 D.P.R. n. 309/1990, all'interno o in prossimità di locali pubblici, aperti al pubblico o di pubblici esercizi, scuole, università ecc. (art. 13, co. 1).

In aggiunta al divieto di accesso il questore può adottare nei confronti delle persone condannate per il reato di cui sopra ulteriori misure (obbligo di firma, divieto di allontanamento dal comune, obbligo di rientrare nella propria abitazione entro una certa ora ecc.); la violazione di tali divieti è sanzionata, dal *prefetto*, salva l'ipotesi che il fatto costituisca reato (cfr. *infra*, 1.4.), con la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 40.000 euro e con la sospensione della patente da sei mesi ad un anno.

1.2.

Sanzioni per i parcheggiatori abusivi.

L'art. 16-*bis* modifica il Codice della Strada, inasprendo la sanzione amministrativa già prevista per coloro che esercitano abusivamente (o determinano altri a farlo) l'attività di parcheggiatore o guardiamacchine, lasciando inalterato il precetto e il raddoppio della sanzione ove nella attività abusiva siano impiegati minori. La clausola di riserva "salvo che il fatto costituisca reato" comporta l'applicazione del reato di estorsione ove il parcheggiatore abusivo ottenga denaro dietro violenza o minacce all'automobilista.

1.3.

Gli interventi sulla sospensione condizionale della pena.

Alcune (poche) disposizioni riguardano esplicitamente la materia penale.

L'art. 10, co. 5 prevede che "in sede di condanna per reati contro la persona o il patrimonio commessi nei luoghi o nelle aree di cui all'articolo 9 [aree interne delle infrastrutture di trasporto, aree urbane su cui insistono luoghi di pregio artistico o culturale, parchi ecc.], "la concessione della sospensione condizionale della pena può essere subordinata all'osservanza del divieto, imposto dal giudice, di accedere a luoghi o aree specificamente individuati".

Nel silenzio della legge può ragionevolmente ritenersi che il divieto debba avere durata non superiore al periodo di durata della sospensione: trattandosi di reati contro la persona o il patrimonio si tratterà quasi esclusivamente di delitti, e pertanto il periodo di inibizione all'accesso non dovrebbe superare i cinque anni.

⁷ Sulle misure riconducibili al DASPO si rinvia a C. FORTE, *Il decreto Minniti*, cit.

Si tratta di un obbligo di astensione, eccentrico rispetto agli obblighi di *facere* previsti in via generale dall'art. 165 c.p., verosimilmente finalizzato a contenere il rischio di recidiva collegato alla frequentazione di luoghi ove la persona ha già commesso reati, e che potrebbero occasionarne di ulteriori.

Analoga misura è prevista dall'art. 13, co. 7 per i condannati ex art. 73 D.P.R. n. 309/1990, qualora il reato di spaccio sia commesso all'interno o nelle immediate vicinanze di locali pubblici, aperti al pubblico o in pubblici esercizi.

Anche in relazione a tali reati il giudice può subordinare la concessione della sospensione condizionale della pena "all'imposizione del divieto di accedere a luoghi o aree specificamente individuati".

L'art. 16, viceversa, facoltizza il giudice a subordinare la concessione della *sospensione condizionale* della pena per il reato di *deturpamento e imbrattamento di cose altrui* (art. 639, co. 2 e 3 c.p.) a obblighi di *facere* (obblighi di ripristino e di ripulitura dei luoghi imbrattati, ovvero, quando ciò non sia possibile, obbligo di sostenerne le relative spese o di rimborsare quelle sostenute, ovvero, se il condannato non si oppone, prestazione di attività non retribuita a favore della collettività per un tempo determinato comunque non superiore alla durata della pena sospesa, secondo le modalità indicate nella sentenza di condanna).

Si tratta di un obbligo specificativo di quello previsto in generale nell'art. 165, co. 1 c.p., e dunque a rigore superfluo.

La durata del lavoro di pubblica utilità va calcolata facendo riferimento agli artt. 44, 54, commi 2, 3, 4 e 6, e 59 del d.lgs. n. 274/2000, conformemente all'art. 18-bis delle disp. att. c.p.

1.4.

È applicabile l'art. 650 c.p. ai trasgressori dei provvedimenti amministrativi a tutela della sicurezza urbana?

Infine, merita soffermarsi brevemente, rinviando per l'approfondimento del tema ad altri lavori⁸, sulla questione della applicabilità dell'art. 650 c.p. ai trasgressori dei provvedimenti amministrativi in commento (ordinanze sindacali, ordini sindacali di allontanamento, provvedimenti del questore contenenti divieti di accesso a luoghi o esercizi pubblici ed altre misure limitative della libertà di movimento), nella misura in cui la sicurezza urbana venga ritenuta una specificazione della sicurezza pubblica o dell'ordine pubblico.

Ci si limita a osservare che la fattispecie di inosservanza di provvedimenti dell'autorità non si applica in caso di violazione di provvedimenti generali e astratti, a contenuto normativo⁹, tipologia nella quale rientrano ad es. le ordinanze previste dall'art. 50, co. 7, ultimo periodo d.lgs. n. 267/2000, così come modificato dall'art. 8 in commento, e che in ogni caso ha natura residuale, ovvero soccombe rispetto a sanzioni *ad hoc*, anche se di natura processuale¹⁰.

L'art. 650 c.p., in definitiva, è applicabile alle violazioni delle sole ordinanze contingibili e urgenti a contenuto provvedimentoale, dirette a destinatari determinati o determinabili¹¹, che non siano già autonomamente sanzionate.

Inoltre eventuali trasgressioni di ordinanze sindacali astrattamente rientranti nell'art. 650 c.p. rileverebbero solo ove legalmente date: non lo sarebbero, ad es., ove intese a vietare condotte *lecite* in base all'ordinamento nazionale, (o già disciplinate e sanzionate in via amministrativa "generale" da norme di legge) come ad esempio ove si intendesse vietare, rispettivamente, l'esercizio della prostituzione o il consumo personale di droghe.

Ciò sarebbe contrario ai principi generali dell'ordinamento, tra i quali la gerarchia delle fonti.

Ciò premesso, gli illeciti per le violazioni degli ordini del questore o delle ordinanze del sindaco muniti di sanzioni amministrative e che abbiano destinatario determinato prevalgono, in linea di massima, in quanto speciali, *ratione loci* e in ragione del contenuto più specifico, sulla norma generale dell'art. 650 c.p.

Una eccezione potrebbe essere rappresentata dall'art. 13, co. 6, il quale, nel prevedere che

⁸ C. RUGA RIVA, *Inosservanza di provvedimenti dell'autorità e ordinanze sindacali in materia di sicurezza urbana. Nuove questioni, vecchi problemi*, in M. BERTOLINO, L. EUSEBI, G. FORTI, (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, vol. III, Jovene, Napoli, 2011, 1685 ss.

⁹ Cfr. per tutti F. BASILE, in E. DOLCINI-G. MARINUCCI, (a cura di), *Codice penale commentato*, IV ed., Milano, 2015, sub art. 650, p. 1380 s.

¹⁰ Cass. 11 dicembre 2009, Parisi, CED 245635.

¹¹ Cfr. ad es. Cass. sez. I, 14 settembre 2016, n. 46212; Cass. sez. I, 15 novembre 2012, n. 1200.

la violazione delle misure irrogate dal questore ai condannati per spaccio di stupefacenti sia sanzionabile, dal prefetto, con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 10.000 a euro 40.000 (e la sospensione della patente), *fa salva l'ipotesi che il fatto costituisca reato*.

Ebbene, in assenza della clausola di riserva la disposizione amministrativa sarebbe prevalsa su quella penale in base al principio di specialità.

Tuttavia la clausola di riserva espressa sembra a tutta prima orientare verso la soluzione opposta della applicazione dell'art. 650 c.p., di fatto sanzionato con una modesta pena pecuniaria (nella prassi non trova quasi mai applicazione la pena alternativa dell'arresto): scelta discutibile¹², posto che da un lato finisce con il portare ad una risposta sanzionatoria meno incisiva, in termini economici, per chi già abbia dimostrato per ben due volte di non ottemperare ad obblighi e divieti; d'altro canto impedisce l'applicazione della sanzione della sospensione della patente.

Ad evitare questa soluzione non rimane che una via: fare leva sulla natura *non* contingibile e urgente del provvedimento prefettizio in commento, che al contrario rinvia ai tipi generali e astratti sulla cui base si applica la sanzione amministrativa, per escludere l'applicabilità dell'art. 650 c.p. già in astratto, in linea con la giurisprudenza che, nell'affine tema dei provvedimenti del questore, ha già avuto modo di negare cittadinanza alla fattispecie di inosservanza del provvedimento dell'autorità¹³.

2. Sicurezza integrata e sicurezza urbana: quale benessere per la comunità?

Il passaggio parlamentare intervenuto tra il decreto-legge 14/2017 (il c.d. decreto Minniti)¹⁴ e la legge di conversione n. 48 del 18 aprile 2017 ha introdotto alcune rilevanti modifiche, principalmente volte a connettere la novella legislativa a provvedimenti adottati o in discussione da anni¹⁵, ma ad un attento esame non ha alterato significativamente l'impianto fondamentale del provvedimento, che rimane in stretta continuità con quegli interventi legislativi che, nonostante il diverso segno politico dei governi in carica, hanno interessato il campo della sicurezza urbana in modo tendenzialmente omogeneo a partire dalla fine degli anni Novanta e, in particolare, nell'ultimo decennio¹⁶.

Certamente la nozione di *sicurezza integrata*¹⁷ (art. 1), definita come insieme di interventi assicurati dallo Stato, dalle Regioni e dalle Province Autonome, dagli enti locali e da altri soggetti istituzionali che concorrono alla promozione e attuazione di un sistema unitario e integrato di sicurezza per il benessere delle comunità locali, costituisce l'architettura dell'intero provvedimento. Si tratta di una definizione non priva di elementi tautologici e che trova nel laconico riferimento al benessere della comunità un ancoraggio ideale. Ma a cosa ci si riferisce quando si parla di benessere, che nella traduzione anglosassone, *welfare*, rimanda a sistemi e a politiche che hanno caratterizzato l'evoluzione in senso solidaristico degli stati europei nel secondo dopoguerra?

Per rispondere a questa domanda, così cruciale al fine di cogliere il segno dell'intero provvedimento, occorre da un lato osservare gli ambiti in cui si prevede la cooperazione delle diverse istituzioni coinvolte (art. 1 c. 2-bis, e artt. 2 e 3), e dall'altro analizzare, anche alla luce della definizione di sicurezza urbana (art. 4), gli obiettivi che sono perseguiti dai Patti per

¹² Auspicava l'eliminazione della clausola di riserva già contenuta nel decreto legge C. RUGA RIVA, *Il d.l. in materia di sicurezza delle città*, cit.

¹³ Cfr. Cass. Sez. I, 15 novembre 2011, n. 45935, in www.iusexplorer.it

¹⁴ R. CORNELLI, *Decreto sicurezza, un concetto "pigliatutto" poco mirato sui diritti*, in *Guida al Diritto*, Il Sole 24 Ore, 13, 2017, 10-12.

¹⁵ Ci si riferisce in particolare alla proposta Saia-Barbolini in materia di politiche integrate per la sicurezza e la polizia locale, depositata nella scorsa legislatura, che è rimasta per anni al centro del dibattito pubblico in tema di riforma dell'ordinamento della polizia locale.

¹⁶ Cfr. O. MAZZA, F. VIGANÒ (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)*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 3-24.

¹⁷ Il concetto di "integrazione" delle politiche di sicurezza viene elaborato in Italia nell'ambito del progetto Città Sicure promosso dalla Regione Emilia-Romagna agli albori del dibattito pubblico sulla sicurezza urbana (a metà anni Novanta): dagli accademici e *policy makers* coinvolti in quell'esperienza viene proposta una nuova politica di prevenzione integrata a livello cittadino che coniughi interventi urbanistici, di animazione sociale e di controllo, ridefinendo il ruolo dell'ente locale nei rapporti con lo Stato. Per un approfondimento sulle origini e sui contenuti di questo approccio, si vedano: C. BRACCESI, *Lo sviluppo delle politiche di sicurezza urbana*, in R. SELMINI (a cura di), *La sicurezza urbana*, Bologna, Il Mulino, 2004, 261-272; R. SELMINI, *La prevenzione*, in R. SELMINI (a cura di), *La sicurezza urbana*, Il Mulino, Bologna, 2004, 219-231.

l'attuazione della sicurezza urbana (art. 5) e da altre iniziative congiunte (art. 7) con qualche riferimento agli strumenti operativi (principalmente ordinanze e Daspo).

2.1.

Verticalità temperata e ambiti della sicurezza integrata.

Le linee generali per la promozione della sicurezza integrata (art. 2 c. 1), che costituiscono le direttrici fondamentali anche per concludere specifici accordi in sede regionale, diretti a disciplinare formazione e aggiornamento della polizia locale (art. 3 c. 1) e a sostenere gli enti locali maggiormente interessati da fenomeni di criminalità diffusa (art. 3 c. 2), e per sottoscrivere patti locali tra Prefetti e Sindaci (art. 5), sono proposte dal Ministro dell'Interno, con accordo sancito dalla Conferenza Unificata. Risulta evidente come l'architettura istituzionale che sottende la nozione di sicurezza integrata sia di tipo verticale, sia pure temperata dalla necessità di un accordo tra i soggetti istituzionali coinvolti: il Ministro dell'Interno, ferme restando, com'è ovvio, le competenze esclusive dello Stato in materia di ordine pubblico e sicurezza, conserva la prerogativa, che pare essere esclusiva, di proporre le linee fondamentali e, dunque, i contenuti e i limiti della cooperazione istituzionale. Questa scelta sembra mettere fine a un ventennale dibattito che si è sviluppato fin dal primo Protocollo d'Intesa stipulato in Italia, quello tra la Prefettura e il Comune di Modena del 9 febbraio 1998, avente ad oggetto la sperimentazione di nuove modalità di relazione finalizzate alla realizzazione di iniziative coordinate per un governo complessivo della sicurezza della città. In tale Protocollo d'Intesa si definiva una ripartizione chiara di competenze (allo Stato contrasto della criminalità, ordine e sicurezza pubblica; all'Amministrazione Comunale rappresentanza delle istanze di sicurezza degli uomini e delle donne, italiani e stranieri, che vivono sul territorio e iniziative di prevenzione sociale e per la vivibilità e qualificazione dei luoghi di vita che possono concorrere a rendere più difficoltoso il manifestarsi di fenomeni di disagio sociale e di comportamenti devianti) e se ne traevano obblighi di collaborazione reciproca su un piano tendenzialmente paritario.

La verticalità temperata avanzata nella legge 14 si accompagna, non casualmente, a una definizione più ristretta della nozione di sicurezza integrata rispetto all'ampiezza del raggio d'azione delle forme di collaborazione sperimentate nei protocolli d'intesa tra prefetture e amministrazioni locali e/o Regioni avvenute in questi decenni¹⁸.

Nonostante il riferimento, inserito in sede di conversione (art. 1 c. 2-bis), agli interventi di riqualificazione urbana e per la sicurezza nelle periferie delle città metropolitane e dei comuni capoluogo di provincia di cui alla legge 232/2016, i settori d'intervento che sono citati come ambiti in cui realizzare forme di coordinamento tra le diverse competenze dei soggetti istituzionali coinvolti, riguardano principalmente la collaborazione tra forze di polizia e la polizia locale (specificata in sede di conversione nei termini di scambi informativi, d'interconnessione di sale operative, di utilizzo in comune di sistemi di videosorveglianza e di aggiornamento professionale). Non è chiaro se si tratti di settori esclusivi di collaborazione oppure di semplici indicazioni esemplificative: la lettera della legge porterebbe a privilegiare la prima ipotesi. Va anche detto che, sempre in sede di conversione, è stato introdotto il comma 1-bis che, in modo essenziale, ha indicato la necessità di migliorare la qualità della vita e del territorio e di favorire l'inclusione sociale e la riqualificazione socio-culturale delle aree interessate, restituendo cittadinanza *in extremis* a tutte quelle forme di cooperazione istituzionale che attengono ai temi della prevenzione sociale e comunitaria e della qualità della vita intesa come promozione del benessere individuale e collettivo e non solo, in negativo, come riposo e tranquillità dei residenti e come contrasto al degrado urbano. La previsione del comma 1-bis sembra dunque aprire un varco (o forse solo una fessura) nell'impianto legislativo che rimane culturalmente ancorato al modello di origine anglosassone del *signs-of-crime policing*, al quale si accennerà nel prossimo paragrafo.

¹⁸ Per un'analisi critica dei rapporti tra enti locali e amministrazioni statali nel campo delle politiche di sicurezza in Italia a partire dagli anni Novanta si vedano: M. CALARESU, *La politica di sicurezza urbana. Il caso italiano (1994-2009)*, Franco Angeli, Milano, 2013; R. SELMINI, *Towards Città sicure? Political action and institutional conflict in contemporary preventive and safety policies in Italy*, *Theoretical Criminology*, 2005, 9, 3: 307-323.

2.2.

Tra segnali di degrado e marginalità sociale: gli obiettivi dei patti.

Sul piano definitorio, l'espressione "sicurezza urbana" ha sempre mantenuto quel carattere di versatile ambiguità che si riscontra anche nell'art. 4 laddove viene indicata come bene pubblico che afferisce alla vivibilità e al decoro delle città, da perseguire anche attraverso interventi di riqualificazione (anche urbanistica sociale e culturale, secondo quanto previsto in sede di conversione) e recupero delle aree o dei siti più degradati, l'eliminazione dei fattori di marginalità e di esclusione sociale, la prevenzione della criminalità, in particolare di tipo predatorio, la promozione della cultura del rispetto della legalità e l'affermazione di più elevati livelli di coesione sociale e convivenza civile.

Dal punto di vista criminologico è stato notato come tale ampiezza dai contorni indefiniti, che già Massimo Pavarini indicava come "concetto pigliatutto"¹⁹, funzioni precisamente da dispositivo in grado (1) di abbracciare un'eterogeneità di conflitti, problemi, disagi, sofferenze, passioni tristi (rabbie, frustrazioni, paure, delusioni) di natura e provenienza diversa; (2) di dare loro un significato unitario veicolabile socialmente, mediaticamente e politicamente, (3) e di attivare, in definitiva, modalità di regolazione e di disciplinamento più agili (con meno garanzie) del tradizionale intervento penale e insistenti su un campo sempre più esteso della vita urbana²⁰.

Più specificamente, la tendenza che si riscontra in molti Paesi occidentali è di rispondere alle ansie dell'opinione pubblica non solo facendo leva sulla tradizionale risorsa simbolica del diritto penale, inasprendo le pene, diminuendo le garanzie e anticipando la tutela penale, ma anche attraverso l'ampliamento del novero dei comportamenti non penalmente rilevanti soggetti a regolazione e passibili di sanzioni tramite regolamenti di polizia urbana, ordinanze e provvedimenti antidegrado e contro le inciviltà (si pensi agli Asbo inglesi e alle Civility Laws statunitensi)²¹

Il testo normativo prima del passaggio parlamentare si collocava in questo solco, che già era stato percorso in modo molto più deciso dal Ministro Maroni nella stagione dei decreti del 2008 e 2009 e che trovava il proprio riferimento, al tempo stesso ideale e concreto, nell'opera condotta da Rudolph Giuliani a New York. Dal 1994 al 2001 l'allora Sindaco della città simbolo degli Stati Uniti e del mondo occidentale diede attuazione a una strategia nota come Tolleranza Zero, ispirata alla cd. *Broken Windows Theory* e caratterizzata, da un lato, dall'anticipazione dell'intervento repressivo, sempre più orientato a eliminare situazioni di fastidio, degrado o inciviltà (*signs-of-crime policing*), dall'altro, dall'affermazione di un'idea di prevenzione, definita situazionale, volta a limitare le opportunità criminali attraverso l'uso di sistemi di videosorveglianza, l'incremento di agenti di polizia per le strade, il ricorso a soluzioni architettoniche ispirate alla teoria dello spazio difendibile di Oscar Newman e all'approccio del CPTED (*Crime Prevention Through Environmental Design*). Negli stessi anni furono nei fatti marginalizzate le già scarsamente finanziate forme di prevenzione sociale e comunitaria. Nonostante siano state contestate per gli effetti di destabilizzazione della coesione sociale, di discriminazione delle minoranze, di diminuzione del livello di fiducia nella polizia e di spostamento dei problemi dalle aree centrali e turistiche ai quartieri più periferici (a fronte, tra l'altro, di un apporto non decisivo nella riduzione complessiva dei tassi di criminalità) le politiche di tolleranza zero continuano a esercitare un certo fascino in giro per il mondo e a orientare le decisioni pubbliche.

Nel decreto Minniti, in effetti, senza toccare i confini estremi dell'approccio della tolleranza zero, l'orizzonte dell'intervento dei Sindaci veniva definito da approcci (quelli della prevenzione situazionale e del controllo), da strumenti (tra cui l'estensione del potere di ordinanza e i nuovi Daspo) e da finalità (quali la tranquillità e il riposo dei residenti, l'incuria e il degrado del territorio, lo stazionamento che impedisce la libera accessibilità e fruizione di spazi pubblici) coerenti con quel diritto amministrativo punitivo prefigurato dai pacchetti sicurezza Maroni.

Anche la disciplina dei patti per l'attuazione della sicurezza urbana risente di questa impostazione complessiva del decreto: negli obiettivi dei patti per la sicurezza urbana indicati

¹⁹ M. PAVARINI, *L'amministrazione locale della paura. Ricerche tematiche sulle politiche di sicurezza urbana in Italia*, Carocci, Roma, 2006.

²⁰ R. CORNELLI, *Il disciplinamento della vita urbana tra diritti e sicurezza*, in M. BORRELLO, G. RUGGIERO (a cura di), *La città si-cura*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, 35-44.

²¹ A. CERETTI, R. CORNELLI, *Oltre la paura. Cinque riflessioni su criminalità, società e politica*, Feltrinelli, Milano, 2013.

come prioritari dal Consiglio dei Ministri (art. 5 c. 2) l'enfasi è riposta sulla criminalità diffusa e predatoria, sulle zone di degrado, sull'occupazione di immobili e sullo smercio di beni contraffatti o falsificati, sulla turbativa del libero utilizzo degli spazi pubblici, sulla promozione del rispetto della legalità e del decoro urbano, in particolare nei luoghi interessati da consistenti flussi turistici o adibite a verde pubblico. La legge di conversione conferma la priorità di queste aree di intervento e, in alcuni casi, opera per un rafforzamento degli strumenti di contrasto coerenti con l'ideologia della tolleranza zero: si pensi alla previsione del coinvolgimento di reti territoriali per la tutela e la salvaguardia dell'arredo urbano, delle aree verdi e dei parchi cittadini, che sembra aprire uno spiraglio al coinvolgimento di cittadini che si associano per finalità ambientali al pattugliamento del territorio, oppure al richiamo all'impiego delle forze di polizia e all'installazione di sistemi di videosorveglianza, per favorire la quale si prevedono forme di finanziamento (art. 5 c. 2-ter) e di agevolazione fiscale (di tributi locali, ovviamente) a favore dei soggetti che assumono a proprio carico quote di oneri di investimento e di gestione degli impianti (art. 7 c. 1-bis).

D'altra parte il Parlamento è intervenuto sulla disciplina dei Patti per la sicurezza urbana ampliandone il raggio d'azione alla promozione dell'inclusione, della protezione e della solidarietà sociale, attraverso iniziative volte ad eliminare i fattori di marginalità, anche in collaborazione con enti e associazioni, in coerenza con le finalità del Piano nazionale per la lotta alla povertà e all'esclusione sociale (art. 5, co. 2 c-bis). In questo caso, però, non sono previsti né finanziamenti né agevolazioni specifiche.

2.3.

Sicurezza versus welfare: una via securitaria al benessere della comunità.

Nella relazione di accompagnamento al decreto-legge il Ministro Minniti ha indicato la sicurezza come un "nuovo bene pubblico volto a favorire l'inveramento dei diritti".

Si tratta di una definizione accattivante perché evoca sia le teorie dello stato che individuano nella sicurezza la condizione socio-istituzionale necessaria perché la società possa crescere in libertà e diritti, sia le suggestioni di chi ha proposto la "sicurezza dei diritti" come progetto politico-culturale alternativo a quello securitario del "diritto alla sicurezza"²².

In effetti, tralasciando l'uso autocompiacente dell'aggettivo "nuovo", il bene pubblico della sicurezza è strettamente connesso al sistema dei diritti sanciti dalla Costituzione a tal punto che nei sistemi democratici avanzati la sicurezza dei diritti (mettere in sicurezza, rendere effettivi i diritti sanciti nella carta fondamentale e nelle dichiarazioni universali) costituisce il cuore stesso del progetto democratico. Da questa angolatura, la sicurezza non è altro dai diritti, non è più il presupposto che ne rende possibile il riconoscimento, ma è essa stessa a identificarsi con l'affermazione sostanziale dei diritti (e, dunque, anche con la rimozione degli ostacoli che ne impediscono l'affermazione) che garantiscono condizioni di benessere diffuso (*welfare*).

Le parole del Ministro lasciano intravedere questa consapevolezza del ruolo cruciale della sicurezza nella promozione di politiche democratiche e di *welfare*, ma i contenuti della legge, oltre a diversi altri passaggi della stessa relazione di accompagnamento, sembrano dirigersi decisamente altrove.

Di quali diritti, infatti, si vorrebbe l'inveramento? Quale idea di benessere è sottesa alla legge 48/2017?

Innanzitutto, assistiamo a una rigida selezione dei diritti da tutelare: l'enfasi sembra riporsi sulla tranquillità e sul riposo dei residenti, da un lato, e sul decoro della città, dall'altro. L'estetica della sicurezza si salda alla serenità del quartiere quasi a voler allontanare dalla città ogni fattore di perturbamento visivo e uditivo (quello olfattivo derivante da odori insoliti o sgradevoli è in qualche modo sottinteso ai primi due) che possa infastidire o scuotere i "residenti", che evidentemente sono meritevoli di attenzione nella misura in cui rivendicano i propri diritti alla tranquillità e al riposo.

In secondo luogo, rileviamo una tendenza a preservare questo campo limitato dei diritti con un approccio definito integrato ma che privilegia, nei fatti, gli strumenti di controllo, anche di tipo tecnologico, rispetto ad altre forme di prevenzione.

²² Cfr. R. CORNELLI, *Paura e ordine nella modernità*, Giuffrè, Milano, 2008.

Infine, e alla luce di quanto detto finora, il benessere della comunità non ha come riferimento l'intera collettività, ma una cittadinanza ristretta elevata al ruolo di comunità legittima a cui vanno garantite risposte pronte.

La criticità principale delle politiche di sicurezza integrata, così come configurate dalla recente legge, risiede proprio nella riduzione delle questioni sociali e di convivenza a problemi di disordine percepito da comunità ristrette, con il rischio di erosione del progetto democratico che si fonda sulla sicurezza dei diritti di tutti.

3.

I rimodulati poteri di ordinanza del Sindaco.

L'art. 8 del Decreto in commento²³ interviene nella materia dei poteri di ordinanza del Sindaco²⁴ introducendo modifiche agli artt. 50 e 54 del Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali.

Il primo disposto da considerare per apprezzare più chiaramente la portata della novelazione, è il riformulato comma 4 *bis* dell'art. 54 d.lgs. n. 267/2000 ove si cerca di dare una più precisa indicazione di quei fini di tutela della sicurezza urbana che, se minacciata da gravi pericoli, autorizza il potere di ordinanza contingibile ed urgente in capo al Sindaco qui nella sua veste di ufficiale del Governo²⁵.

I provvedimenti «concernenti la sicurezza urbana» sono dunque «diretti a prevenire e contrastare l'insorgere di fenomeni criminosi o di illegalità, quali lo spaccio di stupefacenti, lo sfruttamento della prostituzione, la tratta di persone, l'accattonaggio con impiego di minori e disabili, ovvero riguardano fenomeni di abusivismo, quale l'illecita occupazione di spazi pubblici, o di violenza, anche legati all'abuso di alcool o all'uso di sostanze stupefacenti».

Il nuovo comma 4 *bis* dell'art. 54 del d.lgs. n. 267/2000, va però subito letto con la modifica che lo stesso art. 8 apporta alla disciplina dei poteri d'ordinanza, sempre contingibile ed urgente, di cui il Sindaco è provvisto quale rappresentante della comunità locale in virtù dell'art. 50 del medesimo Testo unico. Ed infatti, ai tradizionali poteri di adottare ordinanze in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica, ora si aggiunge il potere di ordinanza in capo al Sindaco «quale rappresentante della comunità locale, in relazione all'urgente necessità di interventi volti a superare situazioni di grave incuria o degrado del territorio, dell'ambiente e del patrimonio culturale o di pregiudizio del decoro e della vivibilità urbana, con particolare riferimento alle esigenze di tutela della tranquillità e del riposo dei residenti, anche intervenendo in materie di orari di vendita, anche per asporto, e di somministrazione di bevande alcoliche e superalcoliche».

Come si evince anche dai lavori preparatori, la tecnica utilizzata dal legislatore si è concretizzata nello spacchettamento dell'art. 2 del d. m. 5 agosto 2008, che cercava di delineare i poteri del Sindaco in materia di sicurezza urbana, ma allora sempre nella sua qualità ufficiale di Governo²⁶. Ora invece si isolano da quella disposizione ministeriale quelle che sarebbero le

²³ Per le prime letture del d.l. n. 14/2017, cfr. C. RUGA RIVA, *Il d.l. in materia di sicurezza delle città: verso una repressione urbi et orbi?*, cit.; C. FORTE, *Il decreto Minniti: sicurezza integrata e "D.A.S.P.O. urbano"*, cit.

²⁴ Un tema da sempre caldo del diritto amministrativo che da qualche anno è divenuto addirittura incandescente. Tra la sterminata dottrina sull'argomento in questa sede non è possibile andare oltre qualche sparsa segnalazione. Per rendersi conto delle più profonde implicazioni di sistema del potere di ordinanza, necessaria oggi la lettura di M. RAMAJOLI, *Potere di ordinanza e Stato di diritto*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, 735 ss. Tra i tanti contributi oramai divenuti un classico dell'argomento, si rammentano M. S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. compl. Cass.*, 1948, 949 ss.; G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e urgenza* (voce), in *Nss. dig.it.*, Torino, 1965; R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, 1990. Tra la dottrina più recente, M. GNES, *I limiti del potere d'urgenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, 641 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Atti del LIII Convegno di Varenna, Milano, 2008, 155 ss.; G. TROPEA, *Sicurezza e sussidiarietà. Premesse per uno studio sui rapporti tra sicurezza pubblica e democrazia amministrativa*, Napoli, 2010, in part. 155 ss.

²⁵ Va infatti precisato che l'introduzione, in sede di conversione del decreto, di quale più precisamente sia la nozione di incolumità pubblica presidiata da analogo potere *extra ordinem* («tutelare l'integrità fisica delle persone») sembra in realtà dovuta, più che non a qualche autentica necessità di delimitazione, all'infelice formulazione del testo originario del d.l. n. 14/2017. L'art. 8, comma 1, lett. b) del d.l. n. 14/2017, nel riscrivere il comma 4 *bis* dell'art. 54 T.U.EE.LL. assorbiva infatti gli oggetti perseguibili con tutte le ordinanze adottate ai sensi del precedente comma 4 nella tutela di questi fini tipicamente di sicurezza urbana. Se l'art. 8 fosse stato lasciato intonso sul punto, dunque, vi sarebbe stato spazio addirittura per sostenere che, attenendosi alla lettera, il maldestro legislatore avesse estromesso il potere di ordinanza da un campo che da sempre occupa legittimamente, qual è quello di presidiare l'integrità fisica della popolazione da minacce che non dipendono certo da condotte umane più o meno criminose (ma ad esempio da fenomeni della natura).

²⁶ Per tutte le problematiche legate alla singolare scelta della l. n. 125/2008 di delegare ad un decreto ministeriale la definizione di sicurezza urbana utile ai fini di delimitare l'ambito delle ordinanze sindacali, si rinvia a G. TROPEA, *Sicurezza e sussidiarietà*, cit., 255 ss. ed ivi indicazioni di altra dottrina.

finalità di tutela della sicurezza urbana c.d. primaria, ancora in capo al Sindaco quale terminale del potere statale, prelevando invece quelle finalità che sarebbero più prossime ad un concetto minore o secondario di sicurezza urbana, allocate oggi innovativamente in capo al Sindaco nella sua ordinaria qualità di tutore della comunità locale. Rispetto al testo del d. m. 5 agosto 2000 una novità è comparsa però proprio in sede di conversione del d.l. n. 14/2017, soprattutto laddove i poteri di ordinanza del Sindaco quale rappresentante della comunità locale potrebbero essere finalizzati anche a superare situazioni di grave degrado dell'ambiente.

L'art. 8 del d.l. in esame, si premura peraltro di introdurre un comma 7 *ter* all'art. 50 d.lgs. n. 267/2000, stabilendo che i comuni possono adottare regolamenti nelle materie ora interessate dal potere di ordinanza contingibile ed urgente attribuito al Sindaco, quale rappresentante della comunità locale, e dunque a difesa di questa sicurezza c.d. minore.

Accanto a questi poteri, la novella attribuisce al Sindaco anche un potere c.d. ordinario, che cioè prescinde dai presupposti della contingibilità ed urgenza. Il nuovo comma 7 *bis* dell'art. 50 d.lgs. n. 267/2000 prevede così che «Il Sindaco, al fine di assicurare il soddisfacimento delle esigenze di tutela della tranquillità e del riposo dei residenti nonché dell'ambiente e del patrimonio culturale in determinate aree delle città interessate da afflusso particolarmente rilevante di persone, anche in relazione allo svolgimento di specifici eventi, nel rispetto dell'articolo 7 della legge 7 agosto 1990, n. 241, può disporre, per un periodo comunque non superiore a trenta giorni, con ordinanza non contingibile e urgente, limitazioni in materia di orari di vendita, anche per asporto, e di somministrazione di bevande alcoliche e superalcoliche».

Dovendo in sede di commento necessariamente agile contenere i profili di analisi critica, non si andrà oltre qualche brevissima notazione.

Premettendo, peraltro, che si eviterà di indugiare sugli aspetti anche di costituzionalità che verosimilmente attireranno l'immediata attenzione della dottrina²⁷.

Il limite di fondo dell'impostazione della normativa in esame sembra risieda nell'aver confezionato una disciplina di legge che gemma ampiamente dal d. m. 5 agosto 2008 senza aver considerato che quel decreto ministeriale era figlio di una scelta del legislatore ordinario ove il potere di ordinanza in tema di sicurezza urbana sarebbe stato destinato a prescindere dai presupposti di contingibilità, indifferibilità ed urgenza²⁸. Boccia quella scelta dalla Sentenza n. 115/2011 della Corte costituzionale²⁹ è piuttosto ingenuo pensare di poter risolvere il tutto utilizzando quelle medesime disposizioni del d. m. 5 agosto 2008 sol che affermando che non si potrà prescindere da quei presupposti.

Il vizio traspare benissimo dal novellato comma 5 dell'art. 50 d.lgs. n. 267/2000 ma di certo non ne è esente pure il più tradizionale potere di ordinanza del Sindaco quale ufficiale di Governo, ora rieditato dal comma 4 *bis* dell'art. 54. Di vero vi è che una buona parte delle finalità indicate dal legislatore, da presidiare con il potere di ordinanza, per loro stessa natura risultano allergiche ai requisiti della contingibilità, indifferibilità ed urgenza. Ciò dipende anche dal fatto che la tutela di beni quali, per fare un esempio, il decoro e la vivibilità reclama necessariamente provvedimenti c.d. comportamentali³⁰. D'altro canto l'esigenza di prevenzione e contrasto di fenomeni criminosi o di illegalità (si pensi allo sfruttamento della prostituzione o all'accattonaggio con impiego di minori) invita a provvedimenti c.d. rafforzativi di divieti già esistenti. In entrambe le fattispecie, tuttavia, l'esperienza dimostra che la ricerca di quei presupposti di contingibilità ed urgenza, quando non è del tutto trascurata dalla p.a., è creata

²⁷ Si allude ad esempio al fatto che il concetto di sicurezza urbana presidiato da questi rimodellati poteri (in part. art. 50, comma 5, T.U.EE. LL.) è affidato all'indicazione di finalità davvero amplissime e dai contorni sfuggenti, con sospetta violazione del principio di precisa predeterminazione degli ambiti interessati da poteri eccezionali. Qui ci si limita a ricordare che il tema era già emerso in relazione alle analoghe formule adottate dal d. m. 5 agosto 2008 successivamente alla sentenza della Corte costituzionale n. 196/2009 che sembrava preludere ad indicazioni stigmatizzanti rispetto ad una difettosa perimetrazione del concetto di sicurezza urbana in relazione ai potenziali riflessi sulla sfera di libertà delle persone. In arg. cfr., P. BONETTI, *La prima interpretazione costituzionalmente conforme (e restrittiva) dei provvedimenti (anche ordinari) dei Sindaci in materia di sicurezza urbana e l'opinabile sopravvivenza dei Sindaci quali «ufficiali di Governo»*, in *Le Regioni*, 2009, in part. 1413 ss.; T. F. GIUPPONI, «Sicurezza urbana» e ordinanze sindacali: un primo (e inevitabilmente parziale) vaglio del Giudice delle leggi, in *Le Regioni*, 2009, in part. 1428 ss.

²⁸ Sui numerosi dubbi suscitati dall'art. 54 T.U.EE.LL., come riformato dal d.l. n. 92/2008 convertito dalla l. n. 125/008, si veda A. PAJNO, *La sicurezza urbana tra poteri impliciti e inflazione normativa*, in A. PAJNO (a cura di), *La sicurezza urbana*, in *www.astrid-online* n. 3/2010, nonché i plurimi contributi editi nel fascicolo n. 1-2 de *Le regioni*, 2010.

²⁹ In *Giur. cost.*, 2011, 1581 ss., con note di V. CERULLI IRELLI, *Sindaco legislatore?*; D. MORANA, *La rivincita dell'art. 23 Cost., sulle ordinanze di sicurezza urbana (senza bisogno di invocare un principio supremo dello Stato di diritto)*. Tra i molti altri contributi su questa importata sentenza, cfr. P. CERBO, *Principio di legalità e «nuove ed inedite» fattispecie di illecito create dai Sindaci*, in *Le regioni*, 2012, 215 ss.; G. TROPEA, *Una rivoluzionaria sentenza restauratrice (in margine a Corte cost., n. 115/2011)*, in *Dir. amm.*, 2011, 623 ss.

³⁰ Per la distinzione tra ordinanze "situazionali", "comportamentali" e "rafforzative" basata su un'indagine della prassi degli anni immediatamente successivi alle riforme del 2008, si rinvia a G. TROPEA, *Sicurezza e sussidiarietà*, cit., 212 ss., in part. 221.

in modo artificioso tanto che sovente non resiste al sindacato del giudice amministrativo.

Sotto il profilo segnalato non è senza significativo constatare che nelle stesse materie in cui il potere *extra ordinem* è ora attribuito al Sindaco quale rappresentante della comunità locale il legislatore, con disposizione solo all'apparenza anodina³¹, si premura di affermare che il comune si può sperimentare in regolamenti³².

In definitiva vi è da prevedere che le nuove disposizioni non costituiranno affatto un argine alla tendenza dei sindaci di trascurare che si tratta di poteri legittimati da precisi presupposti³³.

Ma un problema per certi versi più temibile, e forse nuovo, risiede in un risultato poco accattivante cui questa disciplina approda vistosamente. Quello, si intende, di una moltiplicazione della fattispecie di potere dai perimetri niente affatto definiti, ma che anzi si sovrappongono confusamente. Soprattutto, e per quante giustificazioni si vogliono trovare per mantenere in vita questa biforcazione, di fatto vi è che non sempre sarà agevole distinguere tra esigenze da fronteggiare in qualità di ufficiale di Governo o quale rappresentante della comunità locale³⁴.

Inoltre in taluni casi nemmeno sarà agevole distinguere tra poteri emergenziali e taluni poteri ordinari, ivi compreso il nuovo potere di ordinanza del comma 7 *bis* dell'art. 50 T.U.EE.LL.

Per rendersene conto basta por mente ad un esempio³⁵. Stando alle norme del Testo unico qui in considerazione, il Sindaco ufficiale di Governo può ben essere ancora investito del potere di incidere sugli orari di apertura degli esercizi commerciali e di vendita di alcolici. Non solo tale potere potrebbe infatti ancora ricondursi a quello contingibile ed urgente del comma 6 dell'art. 54 lasciato inalterato dal d. l. n. 14/2017³⁶.

Ma vi è da osservare che se l'intenzione di questo divieto si dovesse rinvenire nell'esigenza di prevenire episodi di violenza, ebbene allora è al Sindaco quale ufficiale di Governo che ancora pensa il legislatore del comma 4 *bis* dell'art. 54. Tuttavia un potere di contenuto identico è attribuito al Sindaco, però nella sua veste di rappresentante della comunità locale, se l'emergenza da fronteggiare attiene alla tutela della tranquillità e del riposo dei residenti. Se poi non si tratta di vera emergenza, ma di situazione tipicamente stagionale, o occasionata da un evento largamente prevedibile, ebbene allora il provvedimento limitativo sarà sempre imputato al Sindaco quale rappresentante della comunità locale, ma questa volta si tratterebbe di esercitare il nuovo potere c.d. ordinario *ex* comma 7 *bis* dell'art. 50. Che se invece si trattasse di adottare un atto dalla portata stabile perché l'esigenza non è nemmeno limitata nel tempo,

³¹ La dottrina di norma – e giustamente – contesa al legislatore di attribuire al Sindaco poteri che troverebbero più idonea allocazione nei regolamenti comunali anche perché la sede del consiglio comunale si connoterebbe per un maggior tasso di confronto democratico sempre salutare ove si discuta di limitazioni e obblighi di condotta. In questo senso, ad es., P. BONETTI, *Considerazioni conclusive circa le ordinanze dei sindaci in materia di sicurezza urbana: profili costituzionali e prospettive*, in *Le regioni*, 1-2-/2010, 442. Tuttavia non si deve dimenticare che il regolamento comunale, strumento necessariamente ordinario e produttivo di disposizioni generali ed astratte, si deve confrontare allora con il problema del principio di legalità nella sua declinazione sostanziale fatta propria da Corte cost. n. 115/2011, e non è detto che una disposizione come quella del nuovo comma 7 *ter* dell'art. 50 T.U.EE.LL. soddisfi lo standard preteso. Il tema dell'impatto di questa sentenza sugli spazi di autonomia dei regolamenti comunali, esposto a diverse tesi, è ben colto in P. CERBO, *op. cit.*, 228 ss.

³² La previsione dovrebbe incentivare la prassi auspicata da una parte della dottrina, di confinare cioè l'uso dell'ordinanza sindacale all'emanazione di prescrizioni davvero temporanee e limitate a fronteggiare l'emergenza in atto, in attesa cioè che la misura stabile sia adottata nell'esercizio del potere regolamentare, ad es. attraverso i tradizionali regolamenti di polizia urbana. In questo senso, cfr. P. BONETTI, *Considerazioni*, cit., 443.

³³ Ed infatti le prime sedicenti applicazioni della nuova normativa registrate dalla cronaca danno conto di ordinanze che contestualmente vietano il bivacco nel centro abitato, il consumo di alcolici al di fuori delle aree pertinenziali dei pubblici esercizi autorizzati, la detenzione o l'utilizzo di strumenti idonei all'imbrattamento dei muri, la pratica di ogni forma di accattonaggio, e ove il requisito della contingibilità ed urgenza – per usare un eufemismo – è lasciato sullo sfondo (v. ord. Sindaco Gallarate n. 4/2017).

³⁴ L'originaria *ratio* di conferire il potere *extra ordinem* al Sindaco, ma nella sua qualità di ufficiale di Governo, si ritiene dipenda dal fatto che poteri incidenti su diritti, ed in particolare sul diritto di proprietà, in passato venivano conferiti agli organi periferici dello Stato nella convinzione che offrissero maggiori garanzie di tutela dei diritti. Cfr. R. CAVALLO PERIN, *Commento all'art. 54*, in R. CAVALLO PERIN – Alb. Romano, *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, Padova 2006, 362. Il conferimento di poteri al Sindaco quale ufficiale di Governo, ove la sicurezza urbana si risolvesse nella finalità preventiva e/o repressiva di reati, ovvero in una sfaccettatura dell'ordine e sicurezza pubblica, si ritiene poi coerente con l'attribuzione alla competenza statale di dette materie (art. 117, comma 2, lett h. Cost.) cui si lega una competenza amministrativa dalle peculiarità tali da richiedere un esercizio unitario. Cfr., T. F. GIUPPONI, *op. cit.*, 1429. In merito alla delicata questione della compatibilità del mantenimento in vita di questa qualità "statale" nell'attuale assetto costituzionale, che qui si intreccia pure con la controversia in ordine alla delimitazione di competenze statali e regionali in materia di sicurezza urbana, cfr. P. BONETTI, *Considerazioni*, cit., 441 ss.; G. TROPEA, *Sicurezza e sussidiarietà*, cit., 235 ss.; F. CORTESE, *La sicurezza urbana e il potere di ordinanza del sindaco tra competenze statali e competenze regionali: come districare l'intreccio?*, in *Le regioni*, 2010, 123 ss.

³⁵ Ma se ne potrebbero fare altri: l'impellente necessità di prevenire o reprimere lo sfruttamento della prostituzione, ora sembrerebbe legittimare il potere dell'ufficiale di Governo *ex* art. 54, comma 4 *bis*, T.U.EE.LL. Sennonché le ordinanze sindacali anti prostitute sono state in passato ben più facilmente ricondotte a presidio della pubblica decenza o della libera e tranquilla fruibilità di spazi pubblici (cfr. A. PAJNO, *op. cit.*, 33) e sarebbero quindi da ricondursi ora nell'alveo del nuovo comma 5 dell'art. 50 T.U.EE.LL.

³⁶ Qui si tratta per la verità di un caso più prossimo ai c.d. provvedimenti necessitati, poiché il contenuto dell'atto amministrativo è comunque tipizzato. Cfr. W. GIULIETTI, *Ampliamento delle funzioni del Sindaco in materia di sicurezza pubblica e partecipazione delle Forze armate al controllo del territorio*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il decreto sicurezza*, Torino, 2008, 317.

ebbene sopperirà il potere previsto dal comma 7 dell'art. 50 T.U.EE.LL., anch'esso impregiudicato dalle nuove norme, e che la Corte costituzionale ritiene preordinabile anche a presidiare la quiete pubblica³⁷

Senonché questa proliferazione di fattispecie, già di per sé difficilmente dominabile da parte dei sindaci, suppone una frantumazione dei fenomeni che raramente trova corrispondenza nella realtà.

E però non è scevra di conseguenze pratiche, soprattutto perché solo quando operasse correttamente in qualità di rappresentante della comunità locale il Sindaco potrà prescindere dal confronto con i poteri che invece residuano in capo al Prefetto ove si versi nelle ipotesi di cui all'art. 54 T.U.EE.LL.³⁸

Solo un cenno finale merita il potere di ordinanza c.d. ordinaria, che in passato ha molto attirato l'attenzione della dottrina. Come già visto, la fattispecie trova ora un ben ridotto spazio d'applicazione, imposto dall'esigenza di predeterminazione legislativa anche del contenuto del provvedimento amministrativo onde aderire ai dettami imposti da Corte cost. n. 115/2011. La fattispecie finisce per assomigliare alla figura dell'atto necessitato, e non a caso si fatica un po' a comprenderne l'autonomia, schiacciata com'è tra l'analogo potere emergenziale previsto dal comma 5 ed il potere ordinario previsto dal comma 7.

Certo è che a farne le spese, ancora una volta, è il decantato principio di liberalizzazione di matrice anche comunitaria qui destinato a soccombere di fronte ad un valore, quale la pubblica quiete, che la giurisprudenza eleva forse con troppa facilità a motivo imperativo di interesse generale³⁹. Ad ogni buon conto, la consapevolezza che si tratta comunque di un potere che dà corpo ad un'eccezione a quel principio, dovrebbe indurre il giudice amministrativo a far uso di un certo rigore quando dovrà vagliare la dimostrazione dell'effettiva sussistenza di concrete e gravi minacce alla tutela della tranquillità e del riposo dei residenti imputabili al consumo di alcolici. A maggior ragione se si considera che trattandosi qui di fronteggiare specifici eventi futuri da cui ci si attende un afflusso rilevante di persone il rischio è che il Sindaco proceda per indimostrate presunzioni.

3.1.

L'ordine di allontanamento dell'organo accertatore.

L'art. 9 del Decreto in commento prende in esame fattispecie piuttosto eterogenee con la precipua intenzione di accumularle nella sanzione dell'ordine di allontanamento dettagliato poi nell'art. 10, comma 1.

In particolare, ai commi 1 e 2 dell'art. 9, il legislatore si interessa: a) di chiunque ponga in essere condotte che impediscono l'accessibilità e la fruizione delle infrastrutture, fisse e mobili, ferroviarie, aeroportuali, marittime e di trasporto pubblico locale, urbano ed extraurbano, e delle relative pertinenze, in violazione dei divieti di stazionamento o di occupazione di spazi ivi previsti; b) di chi nelle medesime aree sia colto in stato di manifesta ubriachezza, oppure compia atti contrari alla pubblica decenza, ovvero eserciti abusivamente il commercio o l'attività di parcheggiatore o guardiamacchine.

Nell'ipotesi a) l'ordine di allontanamento è associato ad una nuova sanzione amministrativa pecuniaria del pagamento di una somma da euro 100 a euro 300. Nell'ipotesi b) l'ordine di allontanamento non incide sull'applicazione delle sanzioni amministrative già esistenti⁴⁰.

Il comma 3 dell'art. 9 consente poi ai regolamenti di polizia urbana di «individuare aree

³⁷ Corte cost., 18 luglio 2014, n. 220.

³⁸ In merito ad una rivalutazione della funzione garantistica del Prefetto di fronte alle abnormi deviazioni dell'uso che in concreto i sindaci fanno del potere di ordinanza, si legga il breve intervento di R. BIN, *Un plauso al TAR Brescia (e un'invocazione ai Prefetti)*. *Commento a TAR Brescia sent. 19/2010*, in www.forumcostituzionale.it. Sul procedimento delineato dall'art. 54 T.U.EE.LL. ed in particolare sul ruolo del Prefetto, cfr. G. TROPEA, *Sicurezza e sussidiarietà*, cit., 201 ss.

³⁹ Nelle enunciazioni di principio della giurisprudenza, il diritto dei terzi al rispetto della quiete pubblica compare molto spesso tra le giustificazioni dei poteri comunali di inibizione alle attività che possono comportare una deroga al principio di liberalizzazione degli orari dei pubblici esercizi. In arg. cfr. Corte cost., 19 dicembre 2012, n. 299; Id. n. 220/2014, cit. Per la giurisprudenza amministrativa, cfr. Cons. Stato, sez. V, 1 agosto 2015, n. 3778; Id. 30 giugno 2014, n. 3271. Un approccio diverso in Tar Lombardia-Brescia, sez. II, 14 febbraio 2014, n. 186, stando alla quale le norme liberalizzatrici avrebbero soppresso il potere previsto dall'art. 50, comma 7, T.U.EE.LL. e l'intento di protezione dal rumore andrebbe perseguito con i mezzi ordinari finalizzati al contenimento delle emissioni sonore, mentre l'allarme per l'ordine pubblico, sussistendone però i presupposti, potrebbe essere fronteggiato con l'ordinanza contingibile ed urgente in attesa dell'eventuale esercizio dei poteri questorili previsti dall'art. 100 r.d. n. 773/1931.

⁴⁰ Cfr., anche sul punto, C. FORTE, *op. cit.*, p. 190-191, ove si chiarisce che in queste seconde ipotesi non trova applicazione la sanzione amministrativa pecuniaria prevista dal decreto.

urbane su cui insistono scuole, plessi scolastici e siti universitari, musei, aree e parchi archeologici, complessi monumentali o altri istituti e luoghi della cultura o comunque interessati da consistenti flussi turistici, ovvero adibite a verde pubblico» alle quali si applicano le disposizioni di cui ai precedenti commi. Il che sembra stia a significare, non solo che anche in codesti altri luoghi individuati dal regolamento locale sarà passibile di ordine di allontanamento colui che ne impedisca la fruizione, o sia colto in stato di ebbrezza, dedito ad atti indecenti, a commerciare senza autorizzazione o, infine, “parcheggiatore” abusivo. Ma che anche relativamente a codesti altri luoghi si applicherà la nuova sanzione pecuniaria amministrativa, qualora si materializzi la condotta di impedimento dell’accessibilità e fruizione.

Il comma 4 dell’art. 9 stabilisce che fatti salvi i poteri delle autorità di settore con competenze di tutela di specifiche aree del territorio, per le violazioni di cui al comma 1 «l’autorità competente è il sindaco del comune nel cui territorio le medesime violazioni sono state accertate che provvede ai sensi degli articoli 17 e seguenti della legge 24 novembre 1981, n. 689».

Giusta quanto stabilito però dall’art. 10 in merito alla competenza dell’organo accertatore ad irrogare l’ordine di allontanamento⁴¹, sembra che la disposizione appena riferita sia destinata in verità più che altro ad affermare la competenza del Sindaco in relazione alla sola sanzione amministrativa pecuniaria.

Quanto all’ordine di allontanamento, l’art. 10 comma 1, stabilisce infatti che è «rivolto per iscritto dall’organo accertatore, individuato ai sensi dell’articolo 13 della legge 24 novembre 1981, n. 689» e che in esso «sono riportate le motivazioni sulla base delle quali è stato adottato ed è specificato che ne cessa l’efficacia trascorse quarantotto ore dall’accertamento del fatto». Nel medesimo ordine si deve specificare che «la sua violazione è soggetta alla sanzione amministrativa pecuniaria applicata ai sensi dell’articolo 9, comma 1, aumentata del doppio».

Copia del provvedimento è trasmessa al Questore, poiché a norma del comma 2 dell’art. 10, questa Autorità, se vi è reiterazione delle condotte vietate «qualora dalla condotta tenuta possa derivare pericolo per la sicurezza, può disporre, con provvedimento motivato, per un periodo non superiore a sei mesi, il divieto di accesso ad una o più delle aree di cui all’articolo 9, espressamente specificate nel provvedimento, individuando, altresì, modalità applicative del divieto compatibili con le esigenze di mobilità, salute e lavoro del destinatario dell’atto». La durata del divieto, ai sensi del successivo comma 3, si aggrava, divenendo non inferiore a sei mesi né superiore a due anni, qualora le condotte punite «risultino commesse da soggetto condannato, con sentenza definitiva o confermata in grado di appello, nel corso degli ultimi cinque anni per reati contro la persona o il patrimonio».

Solo per quest’ultima fattispecie, il comma 4 dell’art. 10 estende le disposizioni dettate per il c.d. DASPO sportivo e segnatamente previste all’art. 6, commi 2 *bis*, 3 e 4, della l. n. 401/1989⁴².

Anche le disposizioni dell’art. 9, in realtà, hanno un’indiretta genesi nel d. m. 5 agosto 2008. Tuttavia, in quella sede si pensava di procedere con uno strumento più tradizionale e già noto, consentendo cioè alle ordinanze sindacali di preoccuparsi anche di comportamenti che «turbano gravemente il libero utilizzo degli spazi pubblici o la fruizione cui sono destinati o che rendono difficoltoso o pericoloso l’accesso ad essi» e più in generale di prevenire e contrastare situazioni in cui si verificano comportamenti che impediscono la fruibilità del patrimonio pubblico o privato⁴³. La disciplina in commento, affida invece il contrasto di similari condotte ad uno strumento nuovo, ancorché in parte assonante con il c.d. DASPO sportivo, vale a dire l’ordine di allontanamento qui somministrato direttamente dall’organo accertatore del fatto.

Si deve però evidenziare che in sede di conversione del decreto, le disposizioni previste dal comma 1 dell’art. 9 sono passate dalla sanzione di condotte che *limitano* la libera accessibilità e fruizione delle infrastrutture ivi contemplate, al sanzionare condotte che *impediscono* l’acces-

⁴¹ Cfr. ancora, C. FORTE, *op. cit.*, 192, ove si esprime anche una giusta riserva sull’opportunità di aver conferito poteri incidenti sulla libertà di circolazione a soggetti non riconducibili alle forze dell’ordine e quindi meno strutturati per adempiere a tali compiti.

⁴² In estrema sintesi, questo rinvio comporta: la necessità di avvisare l’interessato della facoltà di presentare memorie o deduzioni al giudice competente per la convalida; la necessità di immediata comunicazione del provvedimento al Procuratore del Repubblica affinché il P.M. se ritiene sussistenti i presupposti indicati dal Questore entro quarantotto ore dalla notifica ne chiedi la convalida al G.I.P., con la conseguenza che le prescrizioni imposte cesseranno di avere efficacia se il P.M. con decreto motivato non avanza la richiesta di convalida entro il predetto termine, oppure il G.I.P. non dispone la convalida nelle quarantotto ore successive; la possibilità che il G.I.P. modifichi le prescrizioni; la ricorribilità per Cassazione dell’ordinanza di convalida, ancorché il ricorso non abbia effetto sospensivo dell’esecutività dell’ordinanza.

⁴³ Sulla prassi nata sulla scia di quelle disposizioni, ed in particolare sulle ordinanze sindacali a tutela della fruibilità del patrimonio pubblico attraverso divieti di stazionamento oppure mediante divieti di bivacco per fronteggiare l’intralcio alla pubblica viabilità, cfr. A. PAJNO, *op. cit.*, 31.

sibilità e la fruizione delle medesime infrastrutture. Sia o meno questa modifica imputabile alla consapevolezza che la precedente formula avrebbe posto seri dubbi di compatibilità di un precetto così generico ed inafferrabile con lo standard preteso dalla Cedu in merito alla prevedibilità delle conseguenze delle proprie condotte ove sia in gioco una restrizione al diritto di circolazione⁴⁴, una considerazione emerge spontanea.

Attenendosi, come è giusto che sia, ad un'interpretazione letterale dell'attuale norma, il fatto stigmatizzato dal primo comma assai raramente potrà dirsi integrato, poiché la condotta deve spingersi fino al punto di impedire – e non semplicemente rendere meno godibile – l'accessibilità o fruizione di infrastrutture.

La conseguenza è che dell'innovativo ordine di allontanamento dovrebbero finire per esser destinatarie pressoché esclusivamente le condotte di cui si occupa il secondo comma dell'art. 9. E vien fatto di chiedersi, allora, se fosse proprio necessario introdurre una misura che tanto deflette da importati principi giuridici per sanzionare chi in quelle aree è colto in stato d'ebbrezza, o dedito ad atti indecenti o, ipotesi più verosimilmente frequente, commerciante o parcheggiatore abusivo.

Su un piano che qui non può essere preso in esame, sta infatti la constatazione che la prassi si farà beffe dei limiti oggettivi previsti dall'art. 9, agevolata anche dal fatto che i poteri di reazione giurisdizionale del destinatario dell'ordine – come *infra* si dirà – sono alquanto depotenziati⁴⁵.

Vi è da supporre che la dottrina dedicherà molte energie nella critica della norma in esame.

Qui ci si limita a qualche sparsa segnalazione in merito al provvedimento adottato dall'organo accertatore, rinviando per il resto – ed in particolare per la disciplina dei poteri questorili – ad approfondimenti già editi in questa *Rivista*⁴⁶.

In primo luogo l'istituto dell'ordine di allontanamento si pone in un rapporto alquanto problematico rispetto all'art. 16 della Costituzione. Sia infatti anche concesso – ma se ne potrebbe dubitare – che un ordine di allontanamento per quarantotto ore da quelle infrastrutture incida sulla libertà di circolazione e non sulla libertà personale⁴⁷. Vi è però da rammentare che le limitazioni alla libertà di circolazione abbisognano di una legge che le stabilisca in via generale e per motivi di sanità o di sicurezza. La sicurezza evocata dall'art. 16 Cost., peraltro, si ritiene debba essere intesa in senso stretto e rigoroso, sostanzialmente come presidio dell'incolumità fisica delle persone, e non certo evocativa dell'ordinato viver civile o della pubblica moralità⁴⁸.

La misura costruita dalle norme in esame irrogata dall'organo accertatore, per contro, non solo prescinde da qualsivoglia valutazione in merito alla pericolosità del soggetto e comunque dal tipo di aggressione alla sicurezza dei cittadini⁴⁹, ma in taluni casi è destinata a chi, palesemente, è ben lontano dall'attendere alla sicurezza di chicchesia⁵⁰.

In secondo luogo, e per quanto la sussunzione dell'ordine di allontanamento in categorie note si dimostrerà impresa ardua, non si può negare che questo provvedimento adottato dagli agenti accertatori (lo sia o meno esso stesso) comunque si inserisce poi in un contesto di interventi del Questore che sembra dar luogo ad un'ulteriore ipotesi di misure di prevenzione atipiche. Sennonché mentre le misure questorili almeno richiedono una verifica della perico-

⁴⁴ La preoccupazione segnalata nel testo traspare dai lavori parlamentari. Ed in effetti, sembra pertinente rammentare che la Corte di Strasburgo, nel noto caso de Tommaso, ha recentemente censurato la disciplina italiana sulle misure di prevenzione proprio in quanto carente di previsioni dettagliate sugli elementi fattuali e le specifiche condotte che sarebbero espressive di pericolosità sociale, ravvisando in ciò un contrasto con la protezione della libertà di circolazione di cui all'art. 2 prot. 4 Cedu. In arg., tra molti, cfr. F. VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3/2017, p. 370 ss.; F. MENDITTO, *La sentenza De Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 4/2017, p. 127 ss.

⁴⁵ La cronaca già registra fenomeni poco incoraggianti. Le prime ordinanze anti bivacco già in precedenza citate, infatti, menzionano il potere dell'organo accertatore di disporre – ex artt. 9 e 10 d.l. n. 14/2017 – l'allontanamento del trasgressore qualora la violazione sia stata commessa ad es. nelle pertinenze della stazione ferroviaria. Dimenticando così che il bivacco, come del resto pure l'accattonaggio, non sono affatto tra le condotte contemplate all'art. 9 del decreto.

⁴⁶ C. FORTE, *op. cit.*

⁴⁷ Come noto, la non sempre agevole distinzione tra ciò che incide sulla libertà personale e ciò che invece si risolve in mera incisione della libertà di circolazione è oggetto di recenti indagini proprio in relazione alla disciplina del Daspo sportivo. In arg. si rinvia a A. BONOMI-G. PAVICH, *DASPO e problemi di costituzionalità*, in *Dir. pen. cont.*, 25 maggio 2015.

⁴⁸ Cfr. G. FILIPPETTA, *La libertà di circolazione e le libertà di domicilio, di circolazione e individuale*, in R. NANIA – P. RIDIOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino 2001, I, 391; A. BONOMI-G. PAVICH, *op. cit.*, 23 ed ivi altri riferimenti di dottrina.

⁴⁹ Come rileva, esattamente, C. FORTE, *op. cit.*, 192. Ed in effetti la motivazione di cui parla l'art. 10, comma 1, nella fattispecie sembra più che altro ridursi all'esternazione dei fatti contrari alla condotta punita.

⁵⁰ Si pensi al commerciante abusivo.

losità del soggetto recidivo (art. 10, comma 2), diversamente è a dirsi – come appena osservato – per l'ordine di allontanamento rivolto dall'organo accertatore.

Questa notazione trae allora con sé anche qualche fondato dubbio in ordine alla compatibilità della misura in esame con taluni dettami della Cedu.

Tanto per cominciare – specie se si pensa che i legittimi destinatari dell'ordine dovrebbero ridursi alle categorie implicate dal comma 2 dell'art. 9 – si può dubitare che il limite alla libertà di circolazione adottato con l'ordine *ex* art. 10, comma 1, sia necessario in una società democratica per il perseguimento degli scopi indicati dall'art. 2 paragrafo 3 del Protocollo 4 Cedu⁵¹.

Inoltre, la dottrina ha già affacciato il contrasto tra la disciplina in esame e l'art. 6 della Cedu⁵². Non tanto e solo perché il procedimento che assiste l'ordine di allontanamento è carente dei più basilari principi dettati da quella norma convenzionale, a partire dalla terzietà di colui che impartisce la sanzione. Ma perché tali carenze nemmeno sono recuperabili nella successiva fase processuale. In particolare, merita attenzione il fatto che nel caso del provvedimento *ex* art. 10, comma 1, siamo di fronte ad una afflizione praticamente ingiustiziabile, nel senso che quando si giungesse davanti ad un giudice quell'ordine, mai intaccabile la sua efficacia, avrà già da tempo anche esaurito il suo effetto. Dal che il dubbio che vi sia anche violazione del principio di effettività del rimedio *ex* art. 13 Cedu.

Doveroso infine almeno un accenno ad un profilo che il legislatore ha ommesso di considerare.

Nulla infatti si dice quanto a misure e/o modalità d'esecuzione dell'ordine di allontanamento rivolto dall'organo accertatore. Specie se si tiene conto che nel nostro ordinamento il principio di legalità ammantava anche la c.d. esecutorietà dell'atto, vi è motivo per dubitare seriamente che quell'ordine sia poi allora davvero assistito da immediati poteri di coercizione sulla persona.

La cosa ha provocato una critica di manifesta inefficacia della nuova misura, tenendo anche conto che per i verosimili destinatari dell'ordine le conseguenze pecuniarie non avrebbero gran deterrenza⁵³.

D'altro canto si potrebbe però opporre la considerazione che se quella misura erogata dall'organo accertatore si accompagnasse ad un potere di coercizione consequenziale, ebbene allora si entrerebbe forse più vivamente in un campo, quello cioè dell'art. 13 Cost., dal quale la disciplina di legge in esame non uscirebbe indenne⁵⁴.

3.2.

Le disposizioni in materia di occupazioni arbitrarie di immobili.

L'art. 11 disciplina l'atto prefettizio con cui si determinano le modalità esecutive dei provvedimenti dell'Autorità Giudiziaria concernenti le occupazioni arbitrarie di immobili ed in particolare l'utilizzo della Forza pubblica per l'esecuzione degli interventi di sgombero⁵⁵.

I primi due commi dell'articolo, a dispetto di una tecnica dall'evidente eccesso verboso, in realtà si compendiano nello stabilire la necessità che le disposizioni prefettizie, in particolar modo quando stabiliscono i criteri di priorità nell'impiego della Forza pubblica, si facciano carico di un contemperamento tra diversi interessi in gioco. Taluni più immediatamente pubblici, come l'ordine e la sicurezza, ovvero l'incolumità e la salute pubblica. Altri legati ai diritti ed interessi dei soggetti coinvolti. Vale a dire, da un lato i diritti dei proprietari degli immobili

⁵¹ A tenore della norma convenzionale citata, le restrizioni alla libera circolazione non possono essere «diverse da quelle che sono previste dalla legge e costituiscono, in una società democratica, misure necessarie alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al mantenimento dell'ordine pubblico, alla prevenzione delle infrazioni penali, alla protezione della salute o della morale o alla protezione dei diritti e libertà altrui».

⁵² Cfr. E. FOLLIERI, *Il daspo urbano (artt. 9, 10 e 13 del D.L. 20.2.2017, n. 14)*, in *www.giustamm.it*, n. 3-2017.

⁵³ Lobbiezione è stata mossa durante l'iter della legge ad esempio dall'Associazione Nazionale tra Comandanti ed Ufficiali dei corpi di Polizia Municipale, in sede di audizione presso le Commissioni Affari costituzionali e Giustizia della Camera dei Deputati, il cui intervento è consultabile sul sito *www.ancupm.it*.

⁵⁴ Sul legame tra coazione fisica e tutela della libertà personale *ex* art. 13 Cost., qui non si può che rinviare a A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova, 1992, 181 ove si rammenta che vi è misura coercitiva quando “il ricorso alla coazione, da parte della pubblica autorità, seguirebbe, pressoché automaticamente, la mancata ottemperanza dell'obbligo o del divieto”.

⁵⁵ Per un recente precedente sui poteri prefettizi in materia, cfr. Tar Lazio, Roma, sez. I *ter*, 26 gennaio 2017, n. 1370, ove si ritiene che fuori dal potere di graduazione programmata dell'intervento della forza pubblica nell'esecuzione dei provvedimenti di sfratto *ex* art. 6, comma 5, d.l. n. 102/2013, come convertito dalla l. n. 124/2013, per il resto gli atti del Prefetto in questione rientrerebbero nel novero delle direttive di rilevanza interna all'Amministrazione e preordinate esclusivamente a salvaguardia dell'ordine e della sicurezza pubblica, traendone la conseguenza che “l'ordinamento non precostituisce in capo ai soggetti privati posizioni selezionate e qualificate che possano essere azionate”.

o di chi ha comunque titolo per usufruirne. D'altro lato la situazione di fragilità, quando non di disagio economico e sociale, in cui potrebbero versare gli occupanti abusivi. Leggendo la relazione illustrativa del disegno di legge, e tenendo in considerazione pure le modifiche apportate in sede di conversione si può nutrire la sensazione che la norma sia ispirata più dall'esigenza di "attenzionare" la situazione di questi ultimi che non di tutelare i diritti dei proprietari.

La disposizione che merita riflessione, è però contenuta nel comma 3 dell'articolo 11 ove si stabilisce che l'annullamento del giudice amministrativo di tale atto prefettizio, salvi ovviamente i casi di dolo o colpa grave, può dar luogo «esclusivamente al risarcimento in forma specifica, consistente nell'obbligo per l'amministrazione di disporre gli interventi necessari ad assicurare la cessazione della situazione di occupazione arbitraria dell'immobile».

Dall'oggetto di quel che dovrebbe essere risarcimento in forma specifica sembra desumersi che il legislatore stia pensando all'annullamento ottenuto su iniziativa dei soggetti usurpati dagli occupanti abusivi, che siano stati ad esempio postergati o trascurati negli indirizzi impartiti dal Prefetto.

La norma non sarà immune da pesanti e giustificate critiche.

In primo luogo perché non si fa carico di considerare che la giurisdizione amministrativa in materia non è così scontata⁵⁶.

In secondo luogo perché contrabbanda per risarcimento in forma specifica ciò che invece altro non sarebbe allora che il naturale effetto conformativo derivante dall'annullamento dell'atto, ed azionabile nel giudizio di ottemperanza della sentenza che detto annullamento rechi⁵⁷. Ma soprattutto questa disposizione, escludendo il risarcimento del danno per equivalente in danaro, dà vita ad una limitazione *ex lege* della responsabilità dell'amministrazione che difficilmente potrà resistere ad un sospetto di incostituzionalità per violazione degli artt. 3, 24, 28 e 113 Cost⁵⁸

4.

Sicurezza urbana e ordinanze sindacali. Novità o continuità con il passato?

La conversione in legge n. 48/2017 del D.L. n. 14/2017, recante *Disposizioni urgenti in materia di sicurezza delle città*, sottopone all'attenzione dei cultori delle scienze giuridiche e criminologiche una serie di questioni che attengono alle modalità e agli strumenti con cui lo Stato cerca da sempre di contrastare il diffondersi fra la popolazione di percezioni di insicurezza, disagio, disordine e degrado.

Uno dei tratti distintivi di questo nuovo testo normativo è dato dal fatto di confermare quella tendenza in atto da alcuni decenni, che punta a coinvolgere i sindaci in modo sempre più diretto nel controllo del territorio e nella gestione del problema della sicurezza a livello locale. A seguito infatti delle riforme elettorali, costituzionali e amministrative attuate a partire dagli anni Novanta il capo dell'amministrazione municipale è progressivamente assunto agli occhi della popolazione al rango di un interlocutore privilegiato a cui rivolgersi per manifestare bisogni, istanze, paure in tema di sicurezza.

Peraltro, dal punto di vista dell'evoluzione storica del quadro normativo è interessante rilevare come il coinvolgimento dei sindaci nell'attività di prevenzione e rimozione dei gravi pericoli per i beni e gli interessi – pubblici e individuali – che potrebbero scaturire da situazioni urbane di degrado e illegalità non sia un'assoluta novità degli ultimi anni. Al contrario, esiste una sorta di *fil rouge* che lega il potere di ordinanza oggi conferito ai primi cittadini nel nome della sicurezza 'urbana' alla potestà di emettere misure contingibili ed urgenti in tema

⁵⁶ Il tenore letterale della disposizione, infatti, non sembra idoneo a fondare un'ipotesi di giurisdizione amministrativa che è piuttosto data per supposta. Ma non bisogna trascurare, ad esempio, che gli atti prefettizi con i quali, ancorché in via generale, si programma un certo ordine di graduazione degli sfratti disponendo in merito all'assistenza della Forza pubblica, sono stati ritenuti estranei alla giurisdizione amministrativa da Cons. Stato, sez. III, 27 marzo 2015, n. 1629, anche perché avendo natura strumentale ed ausiliaria rispetto all'esecuzione del provvedimento giurisdizionale dell'AGO dovrebbero essere conosciuti da quest'ultimo come giudice dell'esecuzione. D'altro canto occorre ricordare, più in generale, che quando la p. a. coopera in via strumentale all'esecuzione del giudicato penale, si tende parimenti ad escludere la giurisdizione amministrativa in favore di quella del Giudice dell'esecuzione penale. Cfr. Tar Campania, Napoli, sez. VI, 3 agosto 2016, n. 4018.

⁵⁷ Tant'è che i danni subiti dal proprietario o da colui che aveva legittimo titolo ad usufruire dell'immobile quando la liberazione sia stata illegittimamente differita nel tempo non sono affatto interamente ristorati dal dovere di porre in essere lo sgombero che il giudice dichiarerà in esito ad un contenzioso.

⁵⁸ Come osserva, in sede di commento a caldo, G. TROPEA, *Decreto Minniti: adelante, con iudicio*, in www.lacostituzione.info.

di sicurezza ‘pubblica’, che sin dal conseguimento dell’Unità nazionale fu attribuito ai sindaci per far fronte a situazioni di emergenza – implicanti il rischio di danni gravi e imminenti per i singoli individui e la collettività nel suo complesso – non contemplate o non prevedibili dallo Stato, e per fronteggiare le quali non era quindi possibile ricorrere ai normali mezzi posti a disposizione dall’ordinamento⁵⁹.

La legge n. 2248/1865 *Per l’unificazione amministrativa del Regno d’Italia* prevedeva in proposito all’articolo 104 dell’Allegato A (intitolato *Legge sull’amministrazione comunale e provinciale*) che il sindaco potesse adottare “provvedimenti contingibili ed urgenti di sicurezza ed igiene pubblica”, specificando poi come gli atti sindacali in questione dovessero riguardare materie come l’igiene, l’edilizia e la polizia locale⁶⁰. Questa legge si inseriva nell’alveo di una serie di testi normativi emanati nel Regno di Sardegna durante la Restaurazione per disciplinare il regime degli enti locali territoriali. In particolare, essa aveva due antesignani diretti nella legge n. 807/1848, che attribuiva al sindaco il doppio ruolo di capo dell’amministrazione comunale e ufficiale del governo, e in quella n. 3702/1859 che per la prima volta contemplava il potere di emettere provvedimenti di necessità e urgenza in materie di sicurezza e igiene pubblica⁶¹. La scelta di conferire al sindaco un doppio ordine di funzioni non fu una decisione assunta solo negli Stati sabaudi, poiché a cavallo fra il XVIII e il XIX secolo anche in Francia, Inghilterra e Prussia si era deciso di riformare gli antichi apparati che provvedevano al mantenimento dell’ordine pubblico, in modo da coinvolgere più attivamente le amministrazioni territoriali nelle politiche di governo della pericolosità sociale dirette a prevenire e contrastare i rischi per i diritti dei consociati, per l’igiene e la salute individuali e collettive, per la sicurezza e la tranquillità dei luoghi pubblici, per la coesione sociale, per il decoro e l’ordine degli ambienti locali⁶².

L’articolo 104 non specificava la natura degli atti “contingibili ed urgenti” concretamente adottabili dai primi cittadini, anche se la dottrina del tempo era concorde nel ritenere che dovesse trattarsi di ordinanze. Neppure con riferimento alla possibilità di impugnare tali misure la legge del 1865 disponeva alcunché, ma era pacifico che fosse ammesso il ricorso in via giurisdizionale alle deputazioni provinciali presiedute dai prefetti. In assenza poi di un’esplicita indicazione da parte del legislatore, non vi era unità di vedute in seno alla scienza giuridica circa la questione se nell’emanare simili provvedimenti il sindaco fosse chiamato a operare quale ufficiale di governo espressione dell’amministrazione statale (quindi sottoposto gerarchicamente al prefetto) oppure come capo dell’ente comunale ed esponente della comunità locale⁶³. Mancava, infine, un’espresa definizione di cosa dovesse intendersi per ‘sicurezza pubblica’, che finiva quindi per essere identificata come una manifestazione del concetto più ampio di ordine pubblico (insieme a quelle di pace sociale, conservazione degli ordinamenti costituiti, tranquillità pubblica) e inclusiva di tutte le attività rivolte a prevenire o eliminare i danni all’incolumità dei cittadini o all’integrità dei loro beni⁶⁴.

Nei decenni successivi il dettato di questa disposizione normativa fu prima riproposto integralmente all’articolo 133 della legge comunale e provinciale del 1889 (il r.d. n. 5921), per poi essere leggermente modificato dall’articolo 151 del nuovo *Testo Unico della legge comunale e provinciale* del 1889 (il r.d. n. 164), nella parte in cui fu espressamente previsto che contro i provvedimenti emessi per ragioni di necessità e urgenza dai sindaci e dai prefetti fosse possibile ricorrere alla “giunta provinciale amministrativa in sede contenziosa”. I successivi T.T.UU. emanati in età liberale con i regi decreti n. 269/1908 e n. 148/1915 non introdussero invece

⁵⁹ M. CARRER, *Il fondamento costituzionale del potere di ordinanza dei sindaci*, in A. LORENZETTI, S. ROSSI (a cura di), *Le ordinanze sindacali in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana. Origini, contenuti, limiti*, Jovene 2009, pp. 51-59.

⁶⁰ “Appartiene pure al sindaco di fare i provvedimenti contingibili ed urgenti di sicurezza ed igiene pubblica sulle materie di cui al num. 6 dell’art. 138, e di far eseguire gli ordini relativi a spese degl’interessati, senza pregiudizio dell’azione penale in cui fossero incorsi [...]”. La nota di queste spese è resa esecutoria dal prefetto, sentito l’interessato, ed è rimessa all’esattore che ne fa la riscossione nelle forme e coi privilegi fiscali determinati dalle leggi”.

⁶¹ P. ALBERTI, *Il sindaco ufficiale del governo. Storia e problemi*, Giappichelli, 1994, pp. 7-12.

⁶² U. FORTI, *Sulle attribuzioni del sindaco come ufficiale di governo*, Torino 1905, p. 13. Peraltro, con il passaggio dall’età basso-medioevale a quella caratterizzata dalla nascita degli Stati moderni – e a dispetto della progressiva affermazione di un potere pubblico sempre più centralizzato – le autorità urbane dovettero affrontare in misura crescente una serie di problemi connessi alla vivibilità, salubrità e sicurezza della vita in città (regolamentazione delle attività produttive e dei commerci, tutela dell’igiene pubblica, soluzione delle esigenze abitative, mantenimento della tranquillità sociale e di un’ordinata convivenza civica, assistenza ai poveri, controllo di oziosi, vagabondi e mendicanti). G. CAMPESI, *Genealogia della pubblica sicurezza. Teoria e storia del moderno dispositivo poliziesco*, Ombre Corte 2009, pp. 82, 100, 174, 210-221.

⁶³ CARRER, *Il fondamento costituzionale del potere di ordinanza dei sindaci*, cit., pp. 53-54.

⁶⁴ Cfr.: M. GALIZIA, *Ordinanze podestarili*, Roma 1935, pp. 74-75; E. MAGGIORA, voce *Ordinanze*, in *Enciclopedia degli enti locali*, Volume II, *Atti. Procedimenti. Documentazione*, Giuffrè 2007, pp. 1413-1414.

alcuna significativa novità in proposito.

Durante il ventennio fascista fu la volta del regime di promulgare con il r.d. n. 383/1934 un nuovo testo unico concernente i comuni e le province. L'articolo 55 di tale legge indicava ancora una volta i motivi di sanità e di sicurezza pubblica come i presupposti imprescindibili per l'adozione da parte dei podestà di "provvedimenti contingibili e urgenti" nelle materie di igiene, edilizia e polizia locale. Peraltro, la stessa norma enunciava un'importante novità, poiché a fronte di una mancata e tempestiva adozione di tali misure era contemplato l'intervento in via sussidiaria dei prefetti, le cui ordinanze erano poi impugnabili al pari di quelle podestarili innanzi alla giunta provinciale amministrativa⁶⁵. Pur non essendo poi statuito in modo esplicito in quale qualità operasse in questi casi il podestà, e quindi se la sua legittimazione ad agire risiedesse nel fatto di intervenire in veste di rappresentante dell'autorità governativa piuttosto che di vertice apicale del comune, la dottrina era concorde nel ritenere che si dovesse propendere per la prima ipotesi. In proposito si adducevano a titolo giustificativo una serie di precise scelte operate dal legislatore: la qualifica del podestà come organo di nomina governativa e non più elettivo; l'attribuzione ai prefetti del potere di supplire all'inazione dei primi cittadini; l'impugnabilità davanti alle giunte provinciali di tutte le ordinanze municipali e prefettizie emesse per ragioni di necessità e di urgenza; la constatazione che l'articolo 55 fosse preceduto e seguito da disposizioni in cui erano descritte le funzioni del podestà quale "ufficiale di governo"⁶⁶.

Dopo il ritorno alla democrazia il testo unico del 1934 rimase in vigore per circa cinquant'anni prima che venisse promulgato con la legge n. 142/1990 il nuovo *Ordinamento delle autonomie locali*, che recava all'articolo 38 una disciplina parzialmente innovativa con riferimento alle funzioni affidate dallo Stato al sindaco in tema di "ordine e di sicurezza pubblica", di "sanità e di igiene pubblica", di "edilizia e polizia locale". In queste materie di competenza statale si attribuiva, infatti, al capo dell'amministrazione comunale il compito di vigilare e di agire in qualità di ufficiale del governo, adottando tutti gli atti contemplati dalle leggi e dai regolamenti che fossero necessari. Inoltre, con specifico riferimento alle questioni di sanità e igiene, edilizia e polizia locale egli avrebbe potuto adottare ordinanze contingibili e urgenti al fine di prevenire ed eliminare i gravi pericoli per "l'incolumità dei cittadini", fermo restando – però – l'obbligo di operare nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e di fornire un'adeguata motivazione delle ragioni del suo intervento⁶⁷.

Il testo del 1990 rispecchiava il tentativo di apportare delle innovazioni sia sotto il profilo della definizione del concetto di sicurezza pubblica (con il riferimento ai pericoli per l'incolumità dei cittadini) sia con riferimento all'enunciazione dei presupposti imprescindibili per l'esercizio dei poteri dei sindaci (obbligo di motivare e di attenersi ai principi inderogabili dell'ordinamento costituzionale). Allo stesso tempo, si poneva l'accento sulla necessità di perseguire una miglior tutela degli interessi individuali e pubblici, servendosi di politiche dirette non solo al mero contrasto ma anche alla prevenzione delle situazioni locali di degrado costituenti un serio pericolo per una corretta convivenza sociale⁶⁸.

Eppure, a distanza di nemmeno un decennio fu approvato con il D.Lgs. n. 267/2000 il

⁶⁵ "Il podestà adotta i provvedimenti contingibili e urgenti in materia di edilizia, polizia locale e igiene, per motivi di sanità o di sicurezza pubblica, e fa eseguire gli ordini relativi, a spese degli interessati, senza pregiudizio dell'azione penale, qualora il fatto costituisca reato. Ove il podestà non provveda, provvede il prefetto con propria ordinanza o a mezzo di commissario. La nota di tali spese è resa esecutoria in ogni caso dal prefetto, udito l'interessato, ed è rimessa all'esattore, che ne fa la riscossione nelle forme e coi privilegi fiscali determinati dalla legge sulla riscossione delle imposte dirette. Contro i provvedimenti del podestà e del prefetto è ammesso ricorso, anche per il merito, alla giunta provinciale amministrativa in sede giurisdizionale".

⁶⁶ CARRER, *Il fondamento costituzionale del potere di ordinanza dei sindaci*, cit., pp. 54-55.

⁶⁷ "1. Il sindaco, quale ufficiale del Governo, sovrintende: a) alla tenuta dei registri di stato civile e di popolazione ed agli adempimenti demandatigli dalle leggi in materia elettorale, di leva militare e di statistica; b) alla emanazione degli atti che gli sono attribuiti dalle leggi e dai regolamenti in materia di ordine e sicurezza pubblica, di sanità e di igiene pubblica; c) allo svolgimento, in materia di pubblica sicurezza e di polizia giudiziaria, delle funzioni affidategli dalla legge; d) alla vigilanza su tutto quanto possa interessare la sicurezza e l'ordine pubblico, informandone il prefetto. 2. Il sindaco, quale ufficiale del Governo, adotta, con atto motivato e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico, provvedimenti contingibili e urgenti in materia di sanità ed igiene, edilizia e polizia locale al fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità dei cittadini; per l'esecuzione dei relativi ordini può richiedere al prefetto, ove occorra, l'assistenza della forza pubblica. [...] 9. Ove il sindaco non adotti i provvedimenti di cui al comma 2, il prefetto provvede con propria ordinanza".

⁶⁸ Proprio in quegli anni, del resto, aderendo all'orientamento della Corte Costituzionale, lo stesso legislatore mostrava di intendere l'ordine pubblico come "il complesso di beni giuridici fondamentali e degli interessi pubblici primari sui quali si regge l'ordinata e civile convivenza": un concetto polivalente che si estrinsecava a sua volta in quelli di sicurezza pubblica (definita la "sicurezza delle istituzioni, dei cittadini e di loro beni), di tranquillità pubblica, di prevenzione dei reati, di conservazione di un'ordinata e civile convivenza. A titolo esemplificativo si rinvia a quanto stabilito dalla Consulta nella sentenza n. 1013/1988 nonché dal D.Lgs. n. 112/1998 in merito di *Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali*.

nuovo testo unico degli enti locali, che in merito alle competenze dei primi cittadini in tema di sicurezza contemplava per la prima volta agli articoli 50 e 54 una netta distinzione fra gli atti da essi posti in essere in qualità di responsabili dell'amministrazione comunale e quelli assunti a titolo di ufficiali governativi. Nel primo caso i sindaci non erano tenuti solo a svolgere le 'normali' funzioni amministrative conferite ai rappresentanti delle comunità territoriali da leggi, statuti e regolamenti, poiché l'articolo 50 statuiva che nella loro veste di autorità locali essi fossero altresì titolari di una specifica attribuzione propria, consistente nel potere di emettere tutte le ordinanze contingibili e urgenti atte a prevenire e contrastare le situazioni eccezionali di "emergenze sanitarie o di igiene pubblica"⁶⁹. Allo stesso tempo, in quanto investiti dall'articolo 54 della qualifica di ufficiali del governo sottoposti in via gerarchica ai prefetti, essi potevano ricorrere a provvedimenti dettati da motivi di necessità e di urgenza anche per perseguire finalità di prevenzione ed eliminazione dei "gravi pericoli" che avrebbero potuto minacciare "l'incolumità dei cittadini", a condizione peraltro di indicare sempre le motivazioni del loro operato e di non violare i principi generali dell'ordinamento giuridico⁷⁰.

La nuova legge legittimava, dunque, lo stesso potere concesso al medesimo soggetto – il sindaco – sulla base di due presupposti diversi, vale a dire in relazione al fatto che egli operasse in rappresentanza dell'autorità locale oppure di quella statale. Inoltre, a differenza del passato non si faceva più riferimento in modo unitario alle specifiche materie di sanità ed igiene, edilizia e polizia locale per determinare i casi in cui era possibile emettere ordinanze sindacali concernenti la sicurezza pubblica: le emergenze sanitarie e igieniche erano ora espressamente contemplate dall'articolo 50, mentre l'articolo 54 faceva ricorso a un concetto così indeterminato di pericolo per l'incolumità dei cittadini da consentire al sindaco di intervenire ogni volta che avesse ravvisato il rischio che essi potessero subire un qualche danno⁷¹.

La tendenza a una progressiva territorializzazione della gestione della sicurezza locale e degli interventi finalizzati alla prevenzione e al contrasto di situazioni di microcriminalità, disagio e degrado (come accattonaggio, sfruttamento della prostituzione, occupazione abusiva di immobili) ha poi portato all'emanazione del D.L. n. 92/2008 recante "misure urgenti in materia di sicurezza pubblica" (convertito in legge n. 125/2008). L'articolo 6 di questo decreto ha modificato in modo significativo l'articolo 54 del TUEL del 2000, sostituendo il riferimento ai gravi pericoli per "l'incolumità dei cittadini" con quello per "l'incolumità pubblica" e per la "sicurezza urbana" (intese rispettivamente come "l'integrità fisica della popolazione" e il "bene pubblico da tutelare attraverso attività poste a difesa [...] del rispetto delle norme che regolano la vita civile, per migliorare le condizioni di vivibilità dei centri urbani, la convivenza civile e la coesione sociale"⁷²), per poi aggiungere come in questi casi il sindaco possa adottare "provvedimenti *anche* contingibili e urgenti" (cioè ordinanze 'ordinarie' non dettate da ragioni di necessità e urgenza)⁷³.

Dopo le innovazioni introdotte dieci anni è quindi ora giunto il momento del D.L. n. 14/2017 di aggiungere un nuovo tassello a quel processo in lenta e costante evoluzione da più di un secolo, che mira a coinvolgere in modo sempre più inclusivo le autorità locali nelle politiche di sicurezza e nel controllo delle percezioni di disagio, degrado e disordine che possono diffondersi in seno all'opinione pubblica. Come si è cercato di dimostrare, si tratta di un fenomeno in atto sin dagli albori dello Stato italiano e che – a dispetto dei mutamenti politico-istituzionali avvenuti nel tempo e dei contenuti delle specifiche riforme attuate negli anni

⁶⁹ "3. [...] essi esercitano le funzioni loro attribuite dalle leggi, dallo statuto e dai regolamenti e sovrintendono altresì all'espletamento delle funzioni statali e regionali attribuite o delegate al comune [...]. 4. Il sindaco esercita altresì le altre funzioni attribuitegli quale autorità locale nelle materie previste da specifiche disposizioni di legge. 5. In particolare, in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale le ordinanze contingibili e urgenti sono adottate dal sindaco, quale rappresentante della comunità locale [...]."

⁷⁰ "1. Il sindaco, quale ufficiale del Governo, sovrintende: a) alla tenuta dei registri di stato civile e di popolazione ed agli adempimenti demandatigli dalle leggi in materia elettorale, di leva militare e di statistica; b) alla emanazione degli atti che gli sono attribuiti dalle leggi e dai regolamenti in materia di ordine e di sicurezza pubblica; c) allo svolgimento, in materia di pubblica sicurezza e di polizia giudiziaria, delle funzioni affidategli dalla legge; d) alla vigilanza su tutto quanto possa interessare la sicurezza e l'ordine pubblico, informandone il prefetto. 2. Il sindaco, quale ufficiale del Governo, adotta, con atto motivato e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico, provvedimenti contingibili e urgenti al fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità dei cittadini; per l'esecuzione dei relativi ordini può richiedere al prefetto, ove occorra, l'assistenza della forza pubblica. [...] 10. Ove il sindaco non adotti i provvedimenti di cui al comma 2, il prefetto provvede con propria ordinanza".

⁷¹ MAGGIORA, voce *Ordinanze*, cit., pp. 1413-1414.

⁷² In tal senso stabilirono sia il decreto del ministero dell'interno del 5 agosto 2008 (*Incolumità pubblica e sicurezza urbana: definizione e ambiti di applicazione*) sia la sentenza n. 196/2009 della Consulta.

⁷³ Come è noto, la Corte Costituzionale con la sentenza n. 115/2011 ha proclamato l'illegittimità costituzionale del testo novellato dell'articolo 54 proprio nella parte in cui prevedeva che per tutela re l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana il sindaco potesse ricorrere a ogni tipo di ordinanza.

– continua a presentare un aspetto costante: i sindaci devono contribuire attivamente alla produzione della sicurezza pubblica e urbana, che non può essere intesa solo come prevenzione e repressione dei reati ma anche come il risultato di un governo della società locale condotto gestendo i rischi e i pericoli insiti nei cambiamenti sociali e rafforzando nei cittadini la percezione che tutte le istituzioni cooperano fra loro nel nome di un'ordinata e civile convivenza⁷⁴.

5.

Le pressioni della storia.

In un saggio su Hume, Gilles Deleuze evidenziava la forza dell'idea di società emergente dal pensiero del filosofo in questione, in particolare sotto il profilo della considerazione che ogni tendenza umana non è «mai astratta dai mezzi che si organizzano per soddisfarla»⁷⁵.

Sempre seguendo Deleuze, il sistema organizzato di questi mezzi, volto a soddisfare le tendenze umane, ma non da queste condizionato, è l'istituzione. Essa rappresenta «un modello positivo di azione», a differenza della legge, che costituirebbe «una limitazione delle azioni»⁷⁶.

Tale rapporto tra istituzioni e diritto (identificato nella legge) sembra costituire uno dei temi centrali convocati dalla riflessione sul D.L. 20 febbraio 2017, n. 14, in materia di sicurezza delle città, che, sotto le ambigue apparenze di un provvedimento volto a individuare misure concrete «per la promozione della sicurezza integrata» e la «rassicurazione della comunità civile globalmente intesa»⁷⁷, propone in effetti una specifica idea di società e, nello specifico, di società urbana.

È su questa dimensione metropolitana evocata nel provvedimento (complessa, multietnica, grande agglomerato, a socialità affievolita: sono queste, ancora, le specificazioni che hanno accompagnato la presentazione del disegno di legge alla Camera), che, prima di tornare a ragionare di rapporti tra istituzioni e diritto, vale la pena soffermarsi.

Essa, infatti, risveglia nella memoria dello storico le suggestioni di un passo di Tito Livio riguardante la fondazione mitica di Roma:

«Frattanto l'Urbe si ampliava, incorporando entro la cerchia delle mura sempre nuovi territori, poiché le mura venivano costruite in vista della popolazione futura, più che in rapporto a quella che v'era allora. In seguito, perché non fosse inutile tale ampiezza dell'Urbe, allo scopo di accrescere la popolazione secondo l'antico accorgimento dei fondatori di città, i quali attiravano a sé gente oscura e umile facendola passare per autoctona, offrì come asilo il luogo che ora, a chi vi sale [verso il Campidoglio], appare circondato da una siepe tra due boschi. Ivi si rifugiò dai popoli vicini, avida di novità, una folla di gente d'ogni sorta, senza distinzione alcuna tra liberi e servi e quello fu il primo nerbo dell'incipiente grandezza»⁷⁸

Non è naturalmente la dimensione leggendaria dei miti fondativi o una volontà di nostalgica strumentalizzazione che si intende qui mettere in gioco, bensì quella che lo storico polacco Witold Kula definisce «la pressione della storia», cioè «l'influenza delle immagini del passato sugli atteggiamenti e le azioni dei contemporanei»⁷⁹.

L'immagine del passato che mi pare utile richiamare, affinché la storia possa esercitare una pressione positiva sul presente, è quella dell'«asilo» evocato nel brano liviano.

La cultura romana di Livio mutua terminologicamente il concetto di *asylum* dal greco *a-sylía* – letteralmente «senza diritto di rappresaglia» –; ma si tratta di una nozione più ampia-

⁷⁴ R. SELMINI, *Le ordinanze sindacali in materia di sicurezza: una storia lunga, e non solo italiana*, in S. BENVENUTI, P. DI FONZO, N. GALLO, T. F. GIUPPONI (a cura di), *Sicurezza pubblica e sicurezza urbana. Il limite del potere di ordinanza dei sindaci stabilito dalla Corte costituzionale*, Franco Angeli 2013, pp. 153-154.

⁷⁵ G. DELEUZE, *Empirismo e soggettività. Saggio sulla natura umana secondo Hume*, trad. it. di M. CAVAZZA, Cappelli, Bologna, 1981 (ora anche Ed. Cronopio, Napoli, 2000), 33 ss.

⁷⁶ G. DELEUZE, *Istinti e istituzioni*, a cura di U. FADINI e K. ROSSI, Mimesis, Udine, 2014², 30.

⁷⁷ V. presentazione alla Camera dei Deputati del disegno di legge per la conversione del decreto (*Atti Parlamentari, Camera dei Deputati*, n. 4310).

⁷⁸ TITUS LIVIUS, *Ab urbe condita*, 1.8.4-6, trad. it. di L. Perelli, UTET, Torino, 1953.

⁷⁹ W. KULA, *Riflessioni sulla storia*, a cura di M. HERLING, Marsilio, Venezia, 1990, 137.

mente condivisa da tutte le culture antiche che hanno popolato il bacino del Mediterraneo⁸⁰.

L'idea dell'istituzione di *safe places*, tra garanzie di natura religiosa e necessità commerciali, costituisce la trama sottile, perennemente rammentata e rammendata, del successo della cultura mediterranea alle sue origini. L'individuazione di luoghi sicuri, dove etnie, religioni, costumi differenti possono incontrarsi e 'scambiarsi' in pace, assicura la prosecuzione della vita, al di là delle sempre contingenti inimicizie tra popoli.

È il modello degli *emporia* mediterranei. Ormezzi esterni aperti anche agli stranieri, dislocati lungo le coste del Mediterraneo, templi e mercati ad un tempo posti sotto l'egida di un divino trasversale, essi sono destinati ad una funzione essenziale alla sopravvivenza di tutte le genti del Mediterraneo: poter trovare rifugio e scambiare cibo, conoscenze, usi, materie prime in sicurezza.

È questo modello che, secondo la narrazione liviana dei miti fondativi, Romolo recepisce nella sua esizialità, individuando da subito nel tessuto dell'*Urbs* spazi comuni specifici, non in una prospettiva esclusiva, bensì inclusiva.

La materialità della individuazione di luoghi deputati alla contaminazione - sociale, culturale, etnica - che Livio, in una prospettiva narrativa solidale alla edificazione/restaurazione augustea, pone alla base della futura grandezza di Roma - implica nella città delle origini la correlativa adesione ideale al patto tacito di cittadinanza.

È così che la nozione di *civitas* riflette ad un tempo la dimensione concreta, spaziale dell'*Urbs*, dell'individuazione di un luogo indiviso, in cui la vita si svolge in comune, e quella simbolica dell'appartenenza, onori ed oneri, diritti e doveri, ad una realtà cittadina che si connota precipuamente entro le coordinate giuridiche del *ius civile*, un diritto che è appunto anch'esso «civile».

È questo diritto tutto riconducibile alla condizione di *civis*, di cittadino, che struttura e ristrutturata continuamente, attraverso l'estensione della cittadinanza stessa⁸¹, un popolo sin dall'origine privo di discendenza biologica comune.

Per questo motivo anche le mura fisiche della città, come i muri astratti che delimitano e indirizzano l'agire umano, ossia le regole giuridiche, vengono edificate, nel racconto dello storico patavino, «in vista della popolazione futura, più che in rapporto a quella che v'era»: muri (e spazi) per aprire, includere, accogliere, dunque, e non muri per chiudere o respingere.

D'altra parte proprio nell'accorta politica augustea di apparente «ripristinò» della *res publica*, che passa attraverso la conferma di un'identità plurale originaria del popolo romano, si può leggere una parallela preoccupazione di prevenzione rispetto a circostanze potenzialmente turbative dell'ordine pubblico urbano, in vista della garanzia di sicurezza.

Gli interventi di Augusto in proposito passano, con mano leggera ma incisiva, attraverso l'istituzione di una rete capillare di gerarchie e organi istituzionali preposti ad una funzione di controllo di luoghi pubblici «sensibili», come circhi, anfiteatri e teatri, luoghi di spettacolo in genere, mercati, fori.

Sono questi gli scenari sullo sfondo dei quali prefetti che dipendono direttamente dall'imperatore, con un grado di autonomia non determinabile con certezza dalle fonti, organizzano l'attività di coorti dell'esercito, pretorie ed urbane, allo scopo di «non incrinare il senso di sicurezza dei vari ordini della società»⁸².

Una strategia del controllo, dunque, che passa attraverso l'individuazione dei luoghi dell'insicurezza, dove le forze «pericolose» dell'impero potrebbero essere sollecitate «ad res novas»: un modo interessante di Svetonio per indicare con espressione neutra e quindi anfibologica quanto può turbare gli equilibri della *civitas*⁸³.

Ma di quali equilibri si tratta in una società di cui si rivendica l'identità originariamente includente e pluralistica?

L'Istituzione (imperiale), invero, da un lato si autocelebra e legittima, tipicamente attraverso il ricorso alle origini, come referente «naturale» di una dimensione civica aperta e multiforme; e dall'altro crea (o rinforza) altre istituzioni in vista della garanzia di una sicurezza

⁸⁰ Sugli *asylai* si vedano K. J. RIGSBY, *Asylia. Territorial Inviolability in the Hellenistic World*, University of California Press, Berkeley-Los Angeles, 1996; M. DREHER (ed.), *Das antike Asyl. Kultische Grundlagen, rechtliche Ausgestaltung und politische Funktion (Akten des Kolloquiums Villa Vigoni, Lovenò di Menaggio, 13.-16. März 2002)*, Böhlau Verlag, Köln, 2003; K. TRAUlsen, *Das sakrale Asyl in der Alten Welt. Zur Schutzfunktion des Heiligen von König Salomon bis zum Codex Theodosianus*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004.

⁸¹ Sul punto si veda F. MILLAR, *The Crowd in Rome in the Late Republic*, The University of Michigan Press, Ann Arbor, 1998, 211.

⁸² W. NIPPEL, *Public Order in Ancient Rome*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, 94 ss. (già *Ausführ und "Polizei" in der römischen Republik*, Stuttgart, 1988).

⁸³ Cfr. Suet., *Aug.* 49.

preventiva, che passa attraverso forme di *coercitio* urbana la cui natura militare è indiscussa.

Significativamente in correlazione a ciò, il *ius* liberamente prodotto nella fecondità della precedente epoca dalla autorevolezza dei giuristi repubblicani subisce un'azione contenitiva via via più esplicita.

È evidente che nel guardare, dalla distanza offerta dalla storia, alla creazione di questo assetto, l'immagine che se ne trae è quella di una sorta di *Panopticon* su scala metropolitana, con al centro l'autorità.

Certamente, si potrebbe obiettare, l'oggetto di osservazione qui proposto è una società pre-moderna, cui sono estranee le idee di Stato, di polizia⁸⁴ e, più in generale, di «ordine pubblico», per lo meno come lo si intende nella contemporaneità, dal momento che si tratta di nozione variabile secondo i valori istituzionali e le dinamiche di classe e di potere ad essa collegate⁸⁵.

6.

Topologie di eccezione.

Tuttavia nel corso della non così lontana seconda metà del Novecento il filosofo francese Michel Foucault ha ripetutamente sottolineato i rischi connessi alla creazione ad arte, e con l'ausilio di forze comunicate in termini di civili misure di sicurezza, di «topologie di eccezione», da lui definite «eterotopie».

Luoghi simbolici di socialità, le eterotopie sarebbero state da sempre spontaneamente generate dall'umanità nel corso della storia, al fine di dislocare e collettivizzare specifiche condizioni personali (da lui individuate nelle fasi di crisi della vita dell'individuo, come l'adolescenza, il puerperio ecc.) in «spazi differenti [...], luoghi altri, una specie di contestazione al contempo mitica e reale dello spazio in cui viviamo»⁸⁶.

Esse tuttavia conoscono anche una genesi differente, connessa al controllo della deviazione di tutte le potenze suscettibili di sfuggire all'esigenza di normalizzazione del potere (la pazzia, la criminalità, ma anche la malattia e la morte). Eterotopie, insomma, edificate allo scopo di rimuovere e controllare i margini del fenomeno sociale.

La costruzione di questi «altrove», apparentemente liberi da turbamenti e liberatori rispetto ad essi, con i loro rischi in vista di una presa d'atto del dato di realtà e per la creazione di una socialità autentica, avviene ovunque e in ogni tempo⁸⁷: nella controllata gestione della violenza dei circhi romani e degli stadi calcistici contemporanei, sotto lo sguardo delle milizie antiche sulle manifestazioni pagane e nella presenza pervasiva delle forze militari o paramilitari nelle piazze delle nostre città.

Le «cose nuove», le *res motae*⁸⁸, la messa in discussione dello *status quo*, turbano. Che cosa o chi esattamente va stabilito.

Quel che è certo è che il diritto si ritira sempre di fronte all'esercizio di forme di coercizione delle libertà dei cittadini; anche – anzi, specie – ove esse siano giustificate da generiche e quindi imprevedibili circostanze contingenti, legittimate «in un'ottica di sicurezza situazionale»⁸⁹. Circostanze che, pure, hanno a che fare con il normale scorrere della vita, o meglio con la forma più alta della vita, quella della socialità.

Se in vista della sicurezza come bene comune, non si penserà piuttosto a edificare «asili», reali o simbolici, veri porti franchi dove l'incontro può accadere nel segno di un'immune umanità, il rischio è che possa verificarsi quanto accadde ad esempio sotto l'imperatore Caligola, che, turbato nel suo diritto alla «tranquillità» e al «riposo»⁹⁰ durante il sonno, «dal rumore di alcune persone che nel mezzo della notte si installavano nei posti gratuiti del circo, li fece cacciare tutti a bastonate e nel tumulto che ne seguì furono schiacciati più di venti cavalieri romani e altrettante

⁸⁴ In epoca imperiale era a forze dell'esercito che venivano attribuiti compiti di polizia per provvedere ad assicurare il «*modicum*» di sicurezza che le persone si aspettavano. V. CH.J. FUHRMANN, *Policing the Roman Empire: Soldiers, Administration, and Public Order*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

⁸⁵ In proposito si veda C. RICCI, *In ordinem redigere. Polizia e ordine pubblico nella Roma imperiale*, in *Zapruder*, 1, 2003, 13-28, <http://hdl.handle.net/11695/9452>.

⁸⁶ M. FOUCAULT, *Eterotopia*, a cura di S. VACCARO, T. VILLANI, P. TRIPODI, Mimesis, Milano, 2010, 13.

⁸⁷ Benché FOUCAULT ne riconducesse la prevalente affermazione, a discapito delle eterotopie «di crisi», all'epoca moderna.

⁸⁸ Così Tacito, riferendosi ad un episodio verificatosi durante il principato di Nerone, definisce negli *Annales* (14.61) la rivolta, la sedizione: «le cose messe in movimento».

⁸⁹ Così di nuovo il testo di presentazione alla Camera del disegno di legge (v. nt. 3), 3.

⁹⁰ Si tratta ancora di concetti ripetutamente evocati a fondamento della l. 14/2017.

matrone, senza contare un'innumerabile turba di altra gente»⁹¹.
Niente di nuovo sotto il sole.

⁹¹ Suet., *Calig.* 26.

L'OBBIETTIVO SU...
FOCUS ON...

-
- 251** **La regularización del fraude contra la seguridad social en España: un ejemplo de comportamiento postdelictivo**
Miguel Bustos Rubio
-
- 262** **Legittima difesa: fra retorica e problemi reali**
Domenico Pulitanò
-
- 269** **Neuroscienze e diritto penale: le questioni sul tappeto**
Fabio Basile e Giuseppe Vallar
-
- 290** **L'onda lunga della sentenza De Tommaso: ore contate per l'interdittiva antimafia 'generica' ex art. 84, co. 4, lett. d) ed e) d.lgs. n. 159/2011?**
Giuseppe Amarelli
-
- 300** **Responsabilità delle società per reati alimentari. Spunti comparatistici e prospettive interne di riforma**
Vincenzo Mongillo

La regularización del fraude contra la seguridad social en España: un ejemplo de comportamiento postdelictivo*

The Regularization of the Fraud Against Social Security in Spain: an Example of Post-crime Behavior

MIGUEL BUSTOS RUBIO

*Profesor Contratado, Doctor de Derecho Penal y Criminología
Universidad Internacional de La Rioja (UNIR)
miguel.bustos@unir.net*

REGULARIZACIÓN, FRAUDE CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL,
REPARACIÓN DEL DAÑO, COMPORTAMIENTO POSTDELICTIVO

REGULARIZATION, SOCIAL SECURITY FRAUD, DAMAGE
REPAIR, POST-CRIMINAL BEHAVIOR

ABSTRACT

La figura de la regularización tras el fraude a la Seguridad Social ha sido muy discutida en la doctrina penal española. El hecho de que un sujeto que ha defraudado puede eludir la sanción penal reconociendo y pagando lo que no hizo en el pasado ha generado una intensa polémica. En este trabajo se analizan dos cuestiones sobre este comportamiento postdelictivo tan generoso en términos de anulación de pena: su naturaleza jurídica y su fundamento y razón de ser. Ambos aspectos contribuyen a entender mejor el sentido y razón de esta controvertida figura a la luz de su actual regulación en el Código Penal español.

The figure of the regularization after the Social Security fraud crime, has been much discussed in the Spanish criminal doctrine. The fact that a person who has defrauded can evade the criminal sanction by recognizing and paying what he did not do in the past has generated intense controversy. This paper analyzes two questions about this generous post-crime behavior, in terms of annulment of punishment: its legal nature and its rationale and reason for being. Both aspects contribute to better understand the meaning and reason of this controversial figure in light of its current regulation in the Spanish Penal Code.

* Este trabajo resume las principales conclusiones de la Tesis Doctoral del autor (vid. M. Bustos Rubio, "La regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016).

SOMMARIO

1. Introducción. – 2. La naturaleza jurídica de la regularización. – 3. El fundamento de la regularización.

1.

Introducción.

La institución de la regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social es una figura relativamente joven en nuestro Derecho penal. Aparece en el Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983, cuyo art. 291 permitía imponer la pena en su mitad inferior si el obligado al pago abonaba la cantidad debida antes de sentencia. Ello suponía dos diferencias respecto del actual art. 307,3 del Código Penal¹: por un lado, no se anulaba completamente la pena, sino que se atenuaba; por otro, la única causa de cierre a la regularización era el dictado de sentencia. Esta propuesta de Anteproyecto no llegó nunca a aprobarse. La LO. 6/1995 tipifica por vez primera el delito de defraudación a la Seguridad Social acompañándolo de una cláusula de regularización que se mantendría en el texto del Código Penal aprobado por LO. 10/1995, y hasta la última reforma operada sobre estos delitos por LO. 7/2012. El legislador se limitó a trasladar al ámbito del fraude contra la Seguridad Social una institución, la regularización, que nacida en el seno del Derecho fiscal se introdujo en el texto penal para el delito contra la Hacienda Pública, basándose en la idea de “similitud” entre ambos ilícitos².

La regularización en el actual artículo 307,3 CP. es fruto de una última reforma operada en los delitos de defraudación contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social mediante la LO. 7/2012, enmarcada en el plan de lucha contra el fraude, el empleo irregular y el fraude frente a la Seguridad Social previsto para el bienio 2012 – 2013³. Con esta modificación, y a tenor del propio Preámbulo de la Ley, se pretenden aclarar las dudas sobre la naturaleza y efectos de la regularización. Según la Exposición de Motivos del Anteproyecto de esta Ley, la finalidad confesada era configurar la regularización como un elemento negativo del tipo, retrasando la consumación a las causas de bloqueo, tesis seguida por la Fiscalía en su Informe a dicho texto, si bien finalmente las críticas del CGPJ. hicieron cambiar la que es la redacción definitiva. El nuevo texto define la regularización, que ahora exige el reconocimiento y pago de la deuda, incorpora una nueva causa de bloqueo de tipo judicial, extiende los efectos de la regularización a los supuestos en que la deuda se satisface una vez ha prescrito el derecho de la Administración a su determinación en vía administrativa, y amplía el ámbito de aplicación, al igual que ocurre con el delito fiscal, a las posibles irregularidades contables cometidas instrumentalmente al

¹ El texto actual establece: “El que, por acción u omisión, defraude a la Seguridad Social eludiendo el pago de las cuotas de ésta y conceptos de recaudación conjunta, obteniendo indebidamente devoluciones de las mismas o disfrutando de deducciones por cualquier concepto asimismo de forma indebida, siempre que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de cincuenta mil euros será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía salvo que hubiere regularizado su situación ante la Seguridad Social en los términos del apartado 3 del presente artículo. La mera presentación de los documentos de cotización no excluye la defraudación, cuando ésta se acredite por otros hechos. Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años. [...] Se considerará regularizada la situación ante la Seguridad Social cuando se haya procedido por el obligado frente a la Seguridad Social al completo reconocimiento y pago de la deuda antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones inspectoras dirigidas a la determinación de dichas deudas o, en caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal o el Letrado de la Seguridad Social interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias. Asimismo, los efectos de la regularización prevista en el párrafo anterior, resultarán aplicables cuando se satisfagan deudas ante la Seguridad Social una vez prescrito el derecho de la Administración a su determinación en vía administrativa. La regularización de la situación ante la Seguridad Social impedirá que a dicho sujeto se le persiga por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación”.

² Vid.: LOZANO ORTIZ, J. C.: “Aspectos penales de la lucha contra el fraude a la Seguridad Social”, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 104, 2013, pp. 67 y ss.

³ De VICENTE MARTÍNEZ, R.: “Los delitos contra la Seguridad Social tras la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la seguridad social”, en Demetrio Crespo, E. (dir.); Maroto Calatayud, M (coord.), *Crisis financiera y Derecho penal económico*, Madrid, 2014, pp. 584 y ss.; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “La reforma del Derecho penal tributario: nuevas oportunidades para el fraude fiscal”, en *Iuris: actualidad y práctica del Derecho*, nº 181 – 182, 2012, pp. 12 y ss.; ABASCAL JUNQUERA, A.: “Los nuevos delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social. La reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre”, en *Práctica penal: cuaderno jurídico*, nº 71, 2013, pp. 16 y ss.; VILLAPLANA RUIZ, J.: “¿De qué hablamos cuando hablamos de regularizar? Reflexiones en torno al nuevo delito fiscal”, en *Diario La Ley*, nº 8025, 2013, (online: <http://diariolaley.laley.es>).

fraude. Aunque no es el objeto de este trabajo, debe señalarse que la citada reforma modifica el contenido del artículo 307 CP. en otros puntos, como son la cuantía (actualmente situada en 50.000 euros) y la forma de computarla, así como previsiones en orden a la ejecución de la responsabilidad civil.

Paso previo a la exposición y toma de postura sobre la regularización prevista en el artículo 307 CP. es el establecimiento del bien jurídico protegido en este delito, lo que coadyuva a determinar el momento consumativo y con ello la naturaleza jurídica de esta institución. La defraudación a la Seguridad Social no puede constituir un delito meramente formal, tras el cual no exista bien jurídico alguno, pues en nuestro sistema todo delito debe comportar por necesidad una ofensa o lesión a un interés jurídico (principio de ofensividad o lesividad). En el estudio del bien jurídico debe evitarse la confusión del interés jurídicamente protegido con el medio comisivo, que llevaría a considerar este delito como una modalidad falsaria. Por lo demás, por más que en algún caso se haya defendido que el delito de defraudación a la Seguridad Social constituye un supuesto de infracción de deber⁴, a tal línea de pensamiento se le debe objetar: en primer lugar, que con esta teoría (al menos desde la concepción *jakobsiana*) el fundamento de la imputación reside en la infracción misma de un deber extrapenal, y no en la lesión de un determinado interés, lo que acerca la concepción del Derecho penal a la necesidad de lograr una determinada actitud o lealtad del ciudadano con el Estado, sancionándose al mismo no por la lesión de un determinado bien jurídico, sino por su actitud desleal, alejando a la norma del principio de lesividad u ofensividad⁵. Y, en segundo lugar, que resulta ciertamente cuestionable la existencia de un deber en el delito de fraude contra la Seguridad Social pues, al contrario de lo que ocurre con la Hacienda Pública, en que el art. 31 CE. sí recoge un determinado deber del ciudadano para con el Estado (“todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos...”), en materia de Seguridad Social el art. 41 CE. no lo establece, ubicándose este precepto entre los principios rectores de la política socioeconómica, que obliga al Estado, y no al ciudadano, al mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social.

Puede afirmarse la existencia de dos tesis eminentemente mayoritarias en lo que se refiere al bien jurídico protegido en el delito de defraudación a la Seguridad Social: las tesis *funcionalistas*, que consideran que el bien jurídico es la función recaudatoria de la Seguridad Social, y las tesis *patrimonialistas*, que identifican en el patrimonio de la Seguridad Social el objeto de protección. El delito de defraudación a la Seguridad Social protege, a modo de bien jurídico, la función recaudatoria de la Seguridad Social⁶. Ello se desprende de la Exposición de Motivos de la LO. 6/1995, que introdujo por vez primera este delito en nuestro Ordenamiento Jurídico, en que podía leerse que este tipo “tutela de manera singular la función recaudatoria de la Seguridad Social cuando se la deja en situación de desconocimiento de la existencia de los hechos que fundamentan el nacimiento y la cuantía de la deuda”. El delito no pivota sobre la causación de un perjuicio patrimonial, identificado en los 50.000 euros, pues la naturaleza jurídica de la cuantía no es la de resultado típico sino la de condición objetiva de punibilidad. *Defraudar*, como verbo rector del tipo, no se identifica con la idea de “dejar de pagar” sino con “ocultar” la información a la Seguridad Social, privándola de la información precisa para el ejercicio de su función⁷. De modo contrario se estaría aproximando peligrosamente este tipo penal a la otrora vigente prisión por deudas al Estado. La mera existencia de una deuda no puede ser la que fundamente la intervención delictiva. La institución de la Seguridad Social, en virtud del art. 41 CE., es una parte del Estado que sirve al objetivo de cumplir ciertas funciones sociales asignadas al mismo; protegiéndose penalmente el correcto funcionamiento de la *función recaudatoria* de la Seguridad Social se logra el mantenimiento de dicho régimen

⁴ BACIGALUPO, E.: “El delito fiscal en España”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, nº 56, año 1979, pp. 79 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Presente y futuro del delito fiscal*, Madrid, 1974, p. 33.

⁵ Vid.: OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: “Los objetos de protección en los delitos contra las Haciendas Públicas”, en Octavio de Toledo y Ubieto, E. (dir. y coord.): *Delitos e infracciones contra la Hacienda Pública*, Valencia, 2009, pp. 84 y ss.

⁶ FERRÉ OLIVÉ, J. C.: “El bien jurídico protegido en los delitos tributarios”, en *Revista Penal*, nº 33, 2014, pp. 105 y ss.; DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Los delitos contra la Seguridad Social en el Código Penal de la democracia*, Ed. Ibidem, Madrid, 1996, pp. 31 y ss. y 55 – 57; MADRID YAGÜE, P.: “La problemática en torno al delito contra la Seguridad Social y la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 91, 1998, pp. 750 – 751; MORENO MÁRQUEZ, A. M.: “Delitos contra la Seguridad Social: el artículo 307 del nuevo Código Penal”, en *Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº 37, 1995, pp. 40 – 41; BAYLOS GRAU, A. y TERRADILLOS BASOCO, J.M.: *Derecho penal del trabajo*, 2ª edic., Madrid, 1997, pp. 172 – 173; CORCOY BIDASOLO, M. (dir.), VV. AA.: *Manual práctico de Derecho Penal parte especial*, 2ª edic., Valencia, 2004, p. 810; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, parte especial*, 19ª edic., Valencia, 2013, pp. 981 – 982; et. al.

⁷ GÓMEZ PAVÓN, P.: “La regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social”, en Álvarez García, F.J., Cobos Gómez de Linares, M. A., Gómez Pavón, P., et. al (coords.), *Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Valencia, 2013, p. 571.

social – prestacional⁸. Esta postura no implica reconocer que el art. 307 CP. quede reducido a un mero apéndice instrumental al servicio de la Administración, pues el delito no protege la “recaudación” sino la “función recaudatoria”, con objeto de cumplir con el mandato prescricional dimanante de la Constitución. Entendemos que no puede afirmarse que lo tutelado en el art. 307 CP. sea el patrimonio de la Seguridad Social, pues en este precepto no obtiene protección la función del gasto, sino tan solo la de ingreso. Es cierto que una sola defraudación no es susceptible de lesionar o hacer peligrar la función social asignada al Estado en materia de Seguridad Social. Pero ello puede predicarse tanto desde la concepción funcionalista como patrimonialista. El delito de defraudación a la Seguridad Social debe interpretarse, por ello, a la luz de la categoría dogmática de los delitos acumulativos (*kumulationsdelikte*)⁹, que tratan de prevenir la masiva imitación de estas conductas en la sociedad. La afección al bien jurídico no puede afirmarse desde la óptica de un comportamiento individual, pero sí ante la generalización y reiteración de conductas defraudatorias que aisladamente resultarían inocuas¹⁰.

Cuestión directamente imbricada con la regularización (sobre todo con su naturaleza jurídica) es la relativa al momento de consumación delictiva, lo que depende de la posición que se tenga respecto del bien jurídico tutelado en este tipo penal. Desde nuestra concepción del delito como de mera actividad, en el que la cuantía supone, no el resultado típico, sino una condición objetiva de punibilidad, y en el que se protege la función recaudatoria de la Seguridad Social, en atención a las diferentes modalidades de defraudación, el momento consumativo es el siguiente: (a) en la modalidad de *elusión del pago de cuotas y conceptos de recaudación conjunta*, el delito se consuma con la presentación de la liquidación fraudulenta ante la TGSS (si hablamos de modalidad activa), o cuando expire el plazo reglamentario para efectuar la declaración de la deuda sin haberse presentado liquidación alguna (si hablamos de omisión); (b) en la modalidad de *obtención indebida de devoluciones* el delito se consuma con la presentación ante la Administración de la solicitud fraudulenta de dichas devoluciones; (c) en la modalidad relativa al *disfrute indebido de deducciones* el delito se consuma con la presentación del boletín de cotización que contemple una liquidación falsa aplicando deducciones indebidas; no obstante, en el caso en que el empresario haya obtenido lícitamente la deducción, pero posteriormente incumpla alguna de las condiciones impuestas para su disfrute, y entendiéndose que esta conducta resulta típica a la luz del art. 307,1 CP., el delito se consuma en el instante en que se incumpla dicha condición.

Tras la reforma operada por LO. 7/2012, el art. 307,2 CP. establece que “a los efectos de determinar la cuantía mencionada en el apartado anterior [50.000 euros] se estará al importe total defraudado durante cuatro años naturales”. Esta disposición no debe conducir a interpretar que para la consumación del delito es necesario esperar al transcurso de cuatro años desde la primera defraudación. Más bien habrá de interpretarse que, en el momento en que *durante* el transcurso de cuatro años naturales se supere la cuantía de 50.000 euros se habrá producido la consumación del delito, convirtiéndose el hecho en punible, sin que sea necesario esperar al agotamiento de dicho período temporal para afirmar la consumación¹¹.

En las páginas siguientes analizaremos dos cuestiones relativas a la figura de la regularización: su naturaleza jurídica y su fundamento penal.

2.

La naturaleza jurídica de la regularización.

En relación con la naturaleza jurídica de la regularización, tras la reforma del Código Penal por LO. 7/2012, por un sector doctrinal se ha mantenido que constituye un elemento de la tipicidad formulado negativamente, por lo que hasta que no se produzcan las causas de bloqueo

⁸ DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Los delitos contra la Seguridad Social en el Código Penal de la democracia*, Madrid, p. 32.

⁹ Sobre los delitos acumulativos, cfr.: BUSTOS RUBIO, M.: *Delitos acumulativos*, Valencia, 2017.

¹⁰ RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.: *Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Barcelona, p. 16.

¹¹ En contra: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico y de la empresa, parte especial*, Ed. Tirant lo Blanch, 4ª edic., Valencia, 2013, p. 729.

el delito no puede entenderse consumado¹². Sin embargo, pensamos que no puede mantenerse la naturaleza jurídica de causa de atipicidad de la cláusula de regularización. El delito ya se ha consumado en un instante anterior a la regularización, nunca más allá del transcurso del plazo legal para el cumplimiento ordinario de la obligación de cotizar. Ello convierte a la regularización en un comportamiento postdelictivo de carácter positivo, pues opera *ex post facto*, una vez se ha consumado el delito de defraudación. La tesis de la atipicidad conduce a dejar en manos de terceros ajenos al sujeto activo la consumación (en concreto, en manos del funcionario administrativo o de los órganos jurisdiccionales), haciéndose depender la existencia del delito del descubrimiento, más no de la lesión del bien jurídico protegido, lo cual no resulta dogmáticamente acertado. Establecer la consumación en las causas de bloqueo supone admitir que hasta ese instante no existía defraudación. Pero la consumación no puede hacerse depender del descubrimiento del hecho: éste no añade nada ni objetiva ni subjetivamente a la defraudación. Por lo demás, ha de tenerse en cuenta que los elementos negativos del tipo son circunstancias que concurren simultáneamente a los elementos positivos que constituyen el delito, siendo ese carácter simultáneo el que permite a los primeros compensar el desvalor de los segundos. Esto no ocurre en la regularización en relación con el delito de defraudación, pues aquella primera entra en juego siempre en un instante posterior al surgimiento de este último y esto es así tanto si se mantiene que el bien jurídico protegido es la función recaudatoria como el patrimonio de la Seguridad Social.

Situar la consumación en el surgimiento de las causas de bloqueo, tal y como propugna la tesis de la atipicidad, puede generar una grave indeterminación, cuando no una nula operatividad por carencia de virtualidad alguna, en lo que se refiere al plazo de prescripción del delito, de manera tal que puedan acontecer tres situaciones: (a) si tras la defraudación el sujeto procede a regularizar su situación, el delito no se habrá consumado, por lo que carece de sentido plantearse la prescripción del mismo; (b) si el sujeto defrauda y no regulariza, no siendo descubierto, no existirá consumación y, por tanto, no podrá empezar a correr el plazo de prescripción; y (c) si el sujeto que defrauda no ha regularizado, pero es descubierto, se produce, de manera simultánea, la consumación y la interrupción del plazo de prescripción con las correspondientes actuaciones administrativas o judiciales. Como consecuencia de ello, la prescripción no operaría nunca, manteniéndose siempre vivo el delito, con la consiguiente carga de inseguridad jurídica para el autor, y su correspondiente agravio comparativo respecto de otros delitos¹³.

La tesis de la atipicidad, como naturaleza jurídica de la regularización, tampoco es posible al tener en cuenta que la función de las causas de bloqueo contempladas en el art. 307,3 CP. no es la de establecer el momento consumativo, sino cerrar el instante hasta el cual puede resultar eficaz el comportamiento postdelictivo regularizador del sujeto, delimitando con ello, además, el carácter *voluntario* o *espontáneo* de dicha regularización. Siendo este momento el límite máximo de la regularización, el límite mínimo viene identificado precisamente en la consumación que ya se ha producido, momento desde el cual el sujeto está facultado a regularizar su situación frente a la Seguridad Social.

El hecho de que tras la LO. 7/2012 la regularización haya quedado ubicada en el art. 307,1 *in fine* CP. no implica que aquella sea un elemento de la tipicidad. Máxime al tener en cuenta que el legislador modificó la inicial redacción de la norma en el Anteproyecto, optando finalmente por sancionar a quien defraudase a la Seguridad Social *salvo* que hubiere regularizado su situación (lo que se hizo al albur de las críticas efectuadas en su informe por el CGPJ.). Este extremo normativo (será castigado [...] *salvo* que exista regularización) supedita la *pena*, más

¹² ÁLVAREZ MORENO, A.: "La configuración del delito contra la Seguridad Social en el nuevo Código Penal" en VV. AA., *Análisis de diversas cuestiones sobre los Pactos de Toledo*, Madrid, 1997, p. 307; HERRERO DE EGAÑA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, J.: "Estudio sobre el delito fiscal del art. 349 del Código Penal tras la reforma operada por la Ley Orgánica 6/1995, de 29 de junio", en *Revista de Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 239, 1996, p. 5; MARTÍNEZ HORNERO, F. J.: "Delito fiscal y regularización tributaria" en *Revista de Contabilidad y Tributación*, nº 170, 1997, pp. 15 y ss.; MARCHENA GÓMEZ, M.: "El pago moroso como acción típica defraudatoria en el delito fiscal. Dimensión jurídico - penal de la regularización tributaria", en *Revista de Actualidad Penal*, T. XVII, 1993, pp. 237 - 238.; DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: "Los delitos contra la Seguridad Social tras la reforma operada en el Código Penal por Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la seguridad social", en Demetrio Crespo, E. (dir.); Maroto Calatayud, M. (coord.): *Crisis financiera y Derecho Penal económico*, Madrid, 2014, p. 585; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, parte especial*, 19ª edición, Valencia, 2013, pp. 971 - 972; RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: "Algunas reflexiones sobre la reforma penal", en *El Notario del Siglo XXI*, nº 47, 2013, p. 44; MANJÓN CABEZA OLMEDA, A.: "Regularización fiscal y responsabilidad penal. La propuesta de modificación del delito fiscal", en *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, nº 12, 2012, pp. 222 - 223.

¹³ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L. Y MERINO JARA, I.: "Pasado, presente y futuro de las regularizaciones tributarias en Derecho penal", en *Diario La Ley*, XXXIV, abril, 2013, p. 6.

no la *tipicidad* del fraude, a la existencia o no de una regularización válida. Pero la defraudación continúa siendo típica y antijurídica. Frente a las tesis que equiparan la naturaleza de la regularización a la del desistimiento de la tentativa (que consideran como causa de atipicidad) consideramos que ello supone un entendimiento incorrecto de la naturaleza del artículo 16,2 CP, que constituye una causa de levantamiento de la pena, pero no excluye la tipicidad de la tentativa. Así como el desistimiento levanta la pena nacida del injusto de la tentativa, también la regularización tiene esos efectos pero esta vez sobre un delito, el de defraudación, que ya se encuentra consumado.

Por algún sector de la doctrina se ha interpretado que la regularización ostenta naturaleza jurídica de *causa de exclusión de la antijuridicidad sobrevenida*¹⁴. Con la ejecución de este comportamiento desaparecería retroactivamente el carácter antijurídico de la defraudación ya consumada, aún sin poderse considerar a esta institución como causa de justificación. Esta pretendida nueva categoría dogmática quedaría integrada en el seno de la punibilidad. Esta teoría podría quedar avalada atendido el Preámbulo de la LO. 7/2012, última Ley modificadora de estos delitos, en que podía leerse que la regularización “pone fin a la lesión provisional del bien jurídico protegido por la defraudación consumada” o “se considera que la regularización hace desaparecer el injusto derivado del inicial incumplimiento”. Pese a todo, el recurso a la terminología del Código Penal no puede ser una herramienta determinante y definitiva para conocer la verdadera naturaleza de una institución. La existencia de una cláusula capaz de desplazar retroactivamente la antijuridicidad en un delito ya consumado supone una tesis heterodoxa en nuestro sistema de la teoría jurídica del delito, de tal modo que se quebraría la sistemática de la imputación por responsabilidad, no respondiéndose ya por el hecho sino por lo que sigue a ese hecho (en este caso, por la regularización). El juicio que determina cuándo una conducta es o no ajustada a Derecho (es decir, cuándo es antijurídica) viene referido al momento en que dicha conducta entra en contradicción con el Derecho, más no después¹⁵. Por ello la regularización no puede ser concebida como una circunstancia que elimine retroactivamente la antijuridicidad del hecho, una vez el fraude ha sido consumado. Sólo las causas de justificación permiten desplazar el injusto, pues sólo las mismas generan un auténtico Derecho a actuar de una determinada manera, con el consiguiente deber de tolerar la actuación justificada por parte de la persona afectada, lo que en modo alguno puede hacerse predicable del supuesto de la regularización. Los defensores de esta tesis pretenden lograr con ella que los terceros partícipes en el fraude queden exentos de responsabilidad penal en supuestos de regularización, al eliminarse así el carácter injusto del hecho, y en virtud del principio de accesoria limitada de la participación¹⁶, pues de otro modo, si se concibe a la cláusula como excusa absolutoria o causa de levantamiento de pena, habiéndose afirmado el carácter típico y antijurídico del hecho el partícipe se verá indefectiblemente abocado a la responsabilidad penal por la defraudación. A ello hay que oponer que esta fórmula no es *conditio sine qua non* para alcanzar tal objetivo, existiendo otras posibles vías interpretativas para alcanzarlo, impidiendo que el partícipe responda por el fraude en supuestos de regularización.

Otro sector de la doctrina tilda la regularización como *causa de extinción de la responsabilidad criminal*¹⁷, que se añadiría a las ya previstas en el catálogo del art. 130,1 CP, argumentando que el efecto que se anuda a la ejecución de este comportamiento es la desaparición de toda posibilidad de punición. Los autores que sostienen esta interpretación parten de la innecesidad de una pretendida categoría a sumar al injusto y a la culpabilidad, esto es, la punibilidad, dado que las cláusulas que tradicionalmente se encuadran en la misma resultarían reconducibles a otras categorías del delito ya existentes¹⁸. No obstante la regularización no puede ser considerada como causa de extinción de responsabilidad criminal a imagen y semejanza de las ya existentes en el art. 130,1 CP. Primero, porque el catálogo previsto en este precepto consti-

¹⁴ QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho penal español, parte especial*, 6ª edic., Barcelona, 2010, pp. 812 – 814; LAMELA HERNÁNDEZ, M.: “Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social: breve aproximación a su contenido”, en *Revista Jurídica Española La Ley*, 1996 – T. II, p. 1484; ALONSO GALLO, J.: “El delito fiscal tras la Ley Orgánica 7/2012”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 34, 2013, pp. 15 y ss.

¹⁵ Vid.: IGLESIAS RÍO, M. A.: “Aproximación crítica a la cláusula legal de exención de la pena por regularización en el delito de defraudación tributaria”, en *Revista de Derecho Penal*, nº 13, 2004, p. 72.

¹⁶ ALONSO GALLO, J.: *El delito fiscal tras la Ley Orgánica 7/2012*, cit., p. 20.

¹⁷ GÓMEZ LANZ, J.: “Delitos contra la Hacienda Pública: art. 305,4 CP”, en Álvarez García, F. J. (dir.), Dopico Gómez – Aller, J. (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia, 2013, p. 847.

¹⁸ OBREGÓN GARCÍA, A. Y GÓMEZ LANZ, J.: *Derecho penal. Parte general: elementos básicos de la teoría del delito*, Madrid, 2012 p. 184; y GÓMEZ LANZ, J. Y OBREGÓN GARCÍA, A.: “Aspectos controvertidos de la estructura dogmática de la infracción penal”, en *ICADE, Revista Cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 83 – 84, 2011, p. 206.

tuye un *numerus clausus* de supuestos extintivos de responsabilidad criminal que resultan aplicables a todos los delitos de la denominada “parte especial” del Código Penal. Ostentan, pues, un carácter general que no existe en la regularización, que es un supuesto especialmente configurado para los concretos delitos de defraudación. Y segundo, porque las causas de extinción de la responsabilidad criminal del art. 130,1 CP. se encuentran desvinculadas de la voluntad del autor, sin que pueda concebirse a las mismas como genuinos comportamientos postdelictivos, lo que sí ocurre con la regularización. Las circunstancias del art. 130,1 CP. dependen de sucesos, hechos o acontecimientos objetivos ajenos a la voluntad del autor del delito. Por el contrario, en los comportamientos postdelictivos como la regularización, la anulación de la pena depende de una decisión voluntaria del sujeto, lo que impide comparar a esta institución con las causas de extinción de la responsabilidad criminal del art. 130,1 CP.

Para un sector claramente mayoritario de la doctrina y jurisprudencia unánime, la regularización posee naturaleza jurídica de excusa absolutoria (categoría derivada de la dogmática francesa)¹⁹ o bien, en empleo de una terminología más depurada, de causa de anulación o levantamiento de la pena (categoría derivada de la dogmática alemana)²⁰, institución ubicada en la punibilidad. A nuestro juicio, es esta última la naturaleza de la regularización. Constituye esta figura una causa de levantamiento de la pena. Se trata de una cláusula que, al contrario de lo que ocurre con las de exclusión de la pena (tradicionales excusas absolutorias), requiere de un comportamiento postdelictivo de signo positivo para que pueda operar el desplazamiento de la pena. Esta figura queda encuadrada en la *punibilidad*, en nuestra opinión elemento ajeno a la estructura del delito, que subsiste. El delito de defraudación se consuma cuando se constata que el comportamiento es típico, antijurídico y culpable, sin que ninguno de estos elementos del delito requiera o comprenda la regularización, que en consecuencia en nada afecta a la existencia de dicho delito: sólo anula o levanta la pena del mismo

3. El fundamento de la regularización.

Tradicionalmente la doctrina ha identificado dos grandes líneas de fundamentación de la punibilidad: para una de estas tesis, se fundamenta en criterios político – criminales o, en general, político – jurídicos. Para otra, en la punibilidad entran en juego criterios de merecimiento y necesidad de pena, que explicarían la anulación de pena en determinados casos. En lo que concierne a la regularización del artículo 307 CP, se pueden identificar esas dos grandes líneas aun con las características propias de esta institución: por un lado, una fundamentación de tipo político – fiscal o recaudatoria (extrapenal); por otro, una de carácter penal, en que entrarían en juego criterios de política – criminal y de necesidad de pena. La mayor parte de la doctrina, no obstante, no se decanta en puridad por ninguna de estas tesis, dominando una fundamentación mixta derivada de la conjunción de las dos anteriores²¹.

Para un destacado sector doctrinal la regularización sólo se explica atendiendo a una fundamentación de carácter político – fiscal, en que la razón de ser de la figura se dirige al cumplimiento de objetivos propios de la Administración de la Seguridad Social, quedando subordinado el Derecho penal a los intereses recaudatorios del Estado²². Entendemos que esta tesis

¹⁹ DOMÍNGUEZ PUNTAS, A.: *Delito fiscal y blanqueo de capitales*, Madrid, 2011, p. 209; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: *Las excusas absolutorias en Derecho Español. Doctrina y jurisprudencia*, Valencia, 2014, p. 149; AYALA GÓMEZ, I.: “Delitos contra la Hacienda Pública”, en Ortíz de Urbina, I. (coord.), VV. AA., *Memento práctico Francis Lefebvre. Penal Económico y de la Empresa 2011 – 2012*, Madrid, 2011, p. 697; GIL MARTÍNEZ, A.: “Instrucción de los delitos fiscales y contra la Hacienda Pública”, en Solaz Solaz, E. (dir.), *La instrucción de los delitos económicos y contra la Hacienda Pública*, 2005, p. 356; SEOANE SPIELBERG, J. L.: “El delito de defraudación tributaria”, en García Novoa, C., López Díaz, A. (coords.), *Temas de derecho penal tributario*, Barcelona, 2000, p. 105.

²⁰ CHAZARRA QUINTO, M. A.: “El tratamiento del comportamiento postdelictivo en el Código Penal español: especial referencia a la renuncia de pena ante delitos consumados”, en *Actualidad Penal*, nº 5, 2003, p. 160; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L. Y MERINO JARA, I.: “La regularización tributaria en la reforma de los delitos contra la Hacienda Pública”, en *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, Vol. XLV, nº 236, 1995, p. 306; MARTÍNEZ LUCAS, J. A.: *El delito de defraudación a la Seguridad Social. Régimen legal, criterios jurisprudenciales*, Valencia, 2002, p. 182;

²¹ Vid. en extenso: BUSTOS RUBIO, M.: “Más allá del injusto culpable: los presupuestos de la punibilidad”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 35, 2015, pp. 189 y ss.

²² GÓMEZ PAVÓN, en Álvarez García, et. al.: *La regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social*, cit., pp. 575 y ss.; FERRÉ OLIVÉ, J. C.: “Una nueva trilogía en Derecho penal tributario: fraude, regularización y blanqueo de capitales”, en *Revista de Contabilidad y Tributación*, nº 372, 2014, pp. 52 – 53; CHAZARRA QUINTO, *El tratamiento del comportamiento postdelictivo en el Código Penal español... cit.*, p. 164; BRANDARIZ GARCÍA, J. A.: *La exención de responsabilidad penal por regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social*, Granada, 2005, pp. 22 y ss.

puede significar una manipulación ilegítima del Derecho penal y una instrumentalización del mismo, cuya función queda reducida de este modo a la mera consecución de fines que corresponden a otras ramas del Ordenamiento Jurídico, constituyendo la regularización un mero vehículo dirigido a la consecución de objetivos de cobro que conciernen, originalmente, a la Administración de la Seguridad Social. Ello pone en entredicho el carácter coactivo de la norma penal, la obligatoriedad de perseguir el injusto, y la protección de la intangibilidad de los bienes jurídicos protegidos, principios inderogables en nuestro Derecho penal. A pesar de que resulte posible que el Derecho penal recoja finalidades o intereses de otros sectores del Ordenamiento, es necesario limitar dicha posibilidad con objeto de impedir que el Derecho penal acabe desarrollando funciones que, como por ejemplo el cobro de deudas, no le corresponden. Para que una finalidad como la recaudatoria pueda ser perseguida por el Derecho penal, la figura en cuestión (en nuestro caso: la regularización), debe superar el *filtro valorativo* del Derecho penal, respetando los principios basilares del mismo. Para que el Derecho penal en este punto no converja en un mero instrumento al servicio de fines propios de otros sectores es necesario que la figura de la regularización resulte fundamentada en criterios de carácter penal (por ejemplo, en un ideal de reparación, en el cumplimiento de los fines que tradicionalmente se asignan a la pena, o en una desaparición de la necesidad de pena). De no ser así, la norma debería ser expulsada del Código Penal²³.

La tesis que explica la regularización mediante una fundamentación prioritariamente penal toma como punto de partida el estudio de dos clases de comportamientos postdelictivos previstos en la parte general de nuestro Código Penal: el desistimiento de la tentativa, y la circunstancia atenuante de reparación del daño²⁴. Ambas operan anulando o atenuando la pena de un delito, supeditando tal efecto a la ejecución, por parte del sujeto, de un comportamiento postdelictivo determinado, tal y como acontece en el supuesto de la regularización. Del análisis doctrinal sobre el fundamento de estas figuras puede establecerse un punto de arranque que permita construir un fundamento penal de la cláusula de regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social.

De las tesis expuestas en la fundamentación del desistimiento de la tentativa, consideramos que solo dos pueden ayudar a establecer el fundamento penal de la regularización: por un lado, la *teoría del interés de la víctima*, en la que la razón de la impunidad radica en la existencia de un interés político – criminal en satisfacer los intereses de la víctima en un concreto delito. Esta tesis se identifica en nuestro Derecho penal con el ideal de reparación del daño, que se pone de manifiesto en la circunstancia del art. 21,5º CP. En este sentido, a pesar de que el marco relacional “empresario / Seguridad Social” no responda al tradicional ideal personal de reparación del daño, ello no obsta a afirmar que también en el fraude contra la Seguridad Social existe una víctima. No se trata de un delito sin víctima, lo que ocurre es que esa víctima (que es la propia Seguridad Social) no tiene carácter individual sino despersonalizado. Por ello es perfectamente posible identificar en la regularización un supuesto de especial reparación. Por otro lado, también es apta para fundamentar la regularización la *teoría de los fines de la pena y la menor necesidad de pena* que se pondría de manifiesto mediante la regularización. Por medio de este comportamiento postdelictivo se revela una falta de razones de prevención general y especial que hacen que la imposición de pena no sea ya *necesaria*, por lo que el Derecho penal da un paso atrás levantando la pena que resultaría aplicable. En nuestro sistema, es posible prescindir de la pena cuando ésta no es necesaria a los fines preventivos. Aunque por sí sola la teoría de la menor necesidad de pena no sea idónea para explicar la razón de ser de la regularización, nada impide a combinar la misma con otros postulados que contribuyan a explicar la figura, en una especie de fundamentación mixta o plural.

El primer pilar sustentáculo de la regularización se identifica con la idea de una *especial reparación*²⁵: el sujeto procede a reparar el daño causado, el entorpecimiento de la correcta función recaudatoria de la Seguridad Social, compensando sus efectos y resarcando el agravio inicialmente producido. A nuestro juicio, la reparación en el art. 307,3 CP. se identifica, exclusivamente, con la ejecución del requisito del reconocimiento: el injusto en el delito de defraudación consiste en ocultar la información debida a la Seguridad Social, no en dejar de

²³ Vid.: IGLESIAS RÍO, M. A.: “Las cláusulas de regularización tributaria y relativas a las subvenciones de los arts. 305,4 y 308,4 del Código Penal”, en Octavio de Toledo y Ubieto, E. (dir. y coord.), *Delitos e infracciones contra la Hacienda Pública*, Valencia, 2009, pp. 290 – 291.

²⁴ BRANDARIZ GARCÍA, J. A.: *La exención de responsabilidad penal por regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social*, Granada, 2005, pp. 30 y ss.; IGLESIAS RÍO, en Octavio de Toledo y Ubieto (dir. y coord.), *Las cláusulas de regularización tributaria... cit.*, pp. 291 – 292.

²⁵ QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español, parte especial, cit.*, p. 813.

pagar, pues con ello ya se lesiona el interés protegido jurídicamente, cual es la función recaudatoria. Si el daño se causa con el engaño, opacidad u ocultación, entonces a *sensu contrario* la reparación debe identificarse con la comunicación veraz de los datos de cotización a la TGSS., esto es, con el reconocimiento. En esto último consiste la reparación en la regularización. Por ende, la exigencia del pago que de *lege data* se establece en el art. 307,3 CP., no forma parte de, ni queda fundamentado en, el ideal de reparación.

La doctrina se ha pronunciado al hilo del art. 21,5º CP. (atenuante de reparación del daño) con objeto de conocer cuál es el fundamento de la reparación en nuestro sistema penal²⁶. Por un lado, se ha explicado el ideal reparador en una disminución o compensación del carácter antijurídico o culpable del hecho; esta tesis no nos parece acertada dada la imposibilidad de que un comportamiento postdelictivo positivo como la regularización pueda influir retroactivamente sobre categorías del delito que ya quedaron afirmadas. Por otro lado, se ha defendido un fundamento de carácter utilitario, mediante el cual la reparación se explicaría desde razones de economía procesal, apoyadas en un análisis económico del Derecho, por lo que con una figura de reparación, como la regularización, la pretensión sería conseguir la no intervención jurisdiccional. Según nuestro parecer, tampoco esta puede ser la razón que justifique la reparación ni la cláusula de regularización, pues de ser así la reparación se haría posible en cualquier caso, sin límites, siempre que ello supusiera un ahorro de costes a la Administración. Existen argumentos más sólidos que permiten averiguar la razón de ser de la regularización. En relación con el art. 21,5º CP., como genérica atenuante de reparación en nuestro Ordenamiento jurídico – penal, existen dos líneas de fundamentación que resultan acertadas y permiten extrapolarse al supuesto de la regularización. Por un lado, la que identifica la razón de ser de la cláusula en la existencia de un interés político – criminal en conseguir la reparación de las víctimas; por otro, la que se apoya en la falta de necesidad de pena en supuestos de reparación.

La reparación en Derecho Penal responde a la existencia de un interés político – criminal en fomentar la satisfacción (en mayor o menor grado) de las víctimas, pues al Estado le interesa promover este tipo de actitudes. Se enfatiza así un rasgo de la moderna política criminal: la reparación a la víctima, que en el caso del fraude a la Seguridad Social, es ésta última. Esto conecta con aquél interés político – fiscal en la recaudación, que es el que, en definitiva, vendría a salvaguardarse con la regularización como supuesto de especial reparación. No obstante, el argumento no es de carácter fiscal, sino más bien político – criminal: por medio de esta institución el Estado quiere conseguir la reparación de la víctima, Seguridad Social, dando satisfacción a sus intereses, que lo son de tipo fiscal o recaudatorio; con independencia del concreto interés que pretenda satisfacerse, lo relevante es que el Estado quiere conseguir la reparación de la víctima, lo que constituye un interés político – criminal, no meramente fiscal, que permite explicar la regularización penalmente. Se supera así el *filtro valorativo* del Derecho penal, pues la cláusula de regularización queda fundamentada en este extremo jurídicopenalmente, y no sólo en atención a intereses extrapenales (pues la política criminal forma parte del Derecho penal y no puede ser en modo alguno ajena a éste). Esta reparación es tan sólo una de las razones que fundamentan la cláusula de regularización, pero no puede ser la única: el Derecho penal no puede perseguir, en exclusiva, un interés privativo o particular de la víctima, pues ello es tarea propia del Derecho civil. Por eso, además de un ideal reparador, la regularización debe fundamentarse en criterios de necesidad o innecesidad de pena, en atención a si se han visto cumplidos o no los fines preventivos de aquélla. La reparación, por tanto, sólo es apta para fundamentar la regularización si deviene como una vía para el cumplimiento de los fines clásicos del Derecho penal.

Además del interés político – criminal en la reparación, son razones de falta de necesidad de pena, vinculadas a los fines preventivos de aquélla, las que explican el instituto de la regularización²⁷. En primer lugar, con la regularización espontánea del sujeto se genera un efecto positivo para la colectividad, reafirmando la vigencia de la norma y el respeto por el Ordenamiento jurídico, salvaguardándose de este modo las finalidades preventivo generales – positivas que pretenden alcanzar la pena. En segundo lugar, también se alcanza la finalidad preventivo general – negativa, pues mediante la regularización se refuerza la vigencia intimidatoria de la norma cara a otros potenciales defraudadores que observan que quien no

²⁶ Vid.: ASÚA BATARRITA, A.: "Atenuantes postdelictivas: necesidad de reformulación desde una racionalidad jurídico-penal y consecuencias en la individualización de la pena" en Garro Carrera E. / Asúa Batarrita, A.: *Atenuantes de reparación y de confesión. Equívocos de la orientación utilitaria*, Valencia, 2008, pp. 260 y ss.

²⁷ BRANDARIZ GARCÍA, *La exención de responsabilidad penal por regularización...* cit., pp. 31 – 32.

regulariza se ve inexorablemente abocado a la sanción penal. Por último, también mediante la regularización se consiguen salvaguardar los fines preventivo – especiales perseguidos por la pena, poniéndose de manifiesto una autorresocialización del sujeto, que demuestra, con la ejecución de este comportamiento antes del surgimiento de las denominadas “causas de bloqueo”, una voluntad restauradora del Ordenamiento, un retorno voluntario al círculo de la legalidad, y una limitada peligrosidad criminal. Si mediante la regularización es posible alcanzar los fines que se persiguen con la pena, entonces ésta ya no resultará de necesaria imposición, por lo que se hace posible su levantamiento o anulación²⁸.

A la tesis de la menor necesidad de pena como fundamento explicativo de la regularización se le ha objetado que con la ejecución de este comportamiento postdelictivo no siempre será posible acreditar que el sujeto obró de manera verdaderamente voluntaria, pudiendo hacerlo por multitud de razones de muy diverso signo (por ejemplo, por temor o riesgo de descubrimiento del hecho). Subsistiría de este modo la necesidad de pena, aún menguada o atenuada, pues razones preventivas seguirían aconsejando su imposición²⁹. A ello hay que oponer que el actual art. 307,3 CP. no exige en ningún caso constatar un *arrepentimiento voluntario* del sujeto (al igual que la cláusula de reparación del art. 21,5º CP. no exige el arrepentimiento sino la efectiva reparación del daño). Lo importante en la regularización es que el sujeto, mediante un acto objetivamente voluntario (que viene cercado por las “causas de bloqueo”), muestra una actitud reparadora retornando a la legalidad, lo que permite afirmar, al menos, una reducida necesidad de pena. Ello, interpretado a la luz del principio de mínima intervención, permite al Derecho penal la retirada o anulación de la sanción penal que, al no resultar ya *absolutamente necesaria*, cede el paso al Derecho administrativo sancionador en el que la conducta defraudadora encontrará una sanción adecuada.

También se objeta a la tesis de la menor necesidad de pena la amplitud de la cláusula de regularización redactada en el art. 307,3 CP., que extiende el efecto de anulación de la pena a otros delitos instrumentales vinculados, como determinadas irregularidades contables y falsedades, cuya impunidad no resultaría explicable desde la teoría de los fines de la pena, sino sólo desde una fundamentación político – fiscal recaudatoria³⁰. No obstante, a esta crítica cabe oponer una interpretación restrictiva acorde con este extremo normativo que permita a la regularización moverse todavía dentro de los límites del Derecho penal. Restringiendo el alcance de la cláusula, de manera tal que sólo se levante la pena de aquéllos delitos instrumentales que carezcan de autonomía punitiva respecto del fraude, considerando como tal a aquéllos que formen parte integrante de la defraudación misma, se permite afirmar que cuando el sujeto regulariza su situación está compensando ese conjunto delictivo ejecutado, revelando con ello una disminuida necesidad de pena. Además, no puede perderse de vista el interés político – criminal que soporta a esta institución, identificado en la intención del Estado por alcanzar la reparación de la Seguridad Social. De este modo, si no se levantara la pena por estos delitos mediales o vehiculares al fraude, se estaría contraviniendo dicho interés político – criminal así como la propia reparación, pues el sujeto no regularizaría sabedor de que será sancionado por estos delitos instrumentales al fraude.

Existe otra crítica a la tesis de la menor necesidad de pena como fundamento de la regularización. Se argumenta que si tan patente es la innecesidad de pena cuando el sujeto repara o compensa por completo el delito mediante la ejecución de un determinado comportamiento postdelictivo, no se comprende por qué no se hace extensible dicho efecto a todos los delitos de carácter patrimonial en que, como ocurre con el hurto o la estafa, también es posible una completa reparación del daño, y que a lo sumo solo pueden beneficiarse de una atenuación de pena en virtud del art. 21,5º CP. Un fundamento puramente penal, se dice, sería incapaz de explicar esta situación, que supondría un “absurdo privilegio” en los delitos contra la Hacienda

²⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995, p. 126; IGLESIAS RÍO, M. A.: *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria (análisis de la “autodenuncia” del art. 305,4 CP)*, Valencia, 2003, p. 248; MARTÍNEZ LUCAS, *El delito de defraudación a la Seguridad Social*, cit., p. 185; FENELLÓS PUIGSERVER, F.: “El concepto de regularización tributaria a efectos de la exclusión de la pena por el delito del artículo 305 del Código Penal”, en *Crónica Tributaria*, nº 84, 1997, p. 54; et. al.

²⁹ GARCÍA PÉREZ, O.: *La punibilidad en el Derecho penal*, Pamplona, 1997, p. 199; NARVÁEZ BERMEJO, M. A.: *Delitos contra los derechos de los trabajadores y la Seguridad Social*, Valencia, 1997, p. 110; LOMBARDEO EXPÓSITO, L. M.: *Delitos contra la Hacienda Pública*, Barcelona, 2011, p. 48.

³⁰ GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho penal*, cit., pp. 199 – 200; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, parte especial, (18ª edic.)*, cit., pp. 1062 – 1063; GÓMEZ RIVERO, M. C.: *El fraude de subvenciones*, 2ª edic., Valencia, 2005, pp. 299 y ss.; MORENO CÁNOVES, A. Y RUIZ MARCO, F.: *Delitos socioeconómicos. Comentarios a los arts. 262, 270 a 310 del nuevo Código Penal (concordados y con jurisprudencia)*, Zaragoza, 1996, pp. 451 y ss.; FARALDO CABANA, P.: *Las causas de levantamiento de la pena*, Valencia, 2000, p. 219.

Pública y la Seguridad Social³¹. No obstante, no pensamos que la premisa anterior sea cierta. El objeto de protección en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (así como en el denominado fraude de subvenciones) es diferente al de otros ilícitos patrimoniales como el hurto o la estafa, pues aquéllos primeros pertenecen al denominado *derecho penal económico en sentido estricto*, que tiene como objeto de protección el orden socioeconómico establecido en la Constitución Española, mientras que estos últimos no son idóneos para lesionar o poner en peligro bienes y intereses sociales, marcados como finalidades de nuestro modelo de Estado. Son tipos penales diferentes, por lo que es posible aplicar una política criminal distinta. Además, los delitos de defraudación, tanto a la Hacienda Pública como a la Seguridad Social, están acompañados de importantes singularidades que permiten y justifican el empleo de un mecanismo como la regularización, con su levantamiento de la pena, en estos delitos y no en otros. Tratar políticocriminalmente (y, por ello, todavía con un razonamiento de carácter penal) de un modo diferente a lo que es distinto no conculca el principio de igualdad ni permite hablar de “absurdo privilegio” en este tipo de delitos, en los que concretas particularidades, tanto del hecho como de la percepción social (dificultad de descubrimiento del fraude, sentimiento de indiferencia ciudadana, ausencia de lesividad individual) permiten proclamar el completo levantamiento de la pena en empleo de una política criminal diferente.

Con la regularización el sujeto no altera el *merecimiento* de pena, que subsiste (dado que el delito de defraudación ya se encuentra consumado, resultando el hecho plenamente típico y antijurídico), pero sí la *necesidad* de imposición de la pena, que disminuye considerablemente toda vez que se ha dado cumplimiento a los fines preventivos de la pena³². Lo anterior sumado al principio de intervención mínima penal, permite explicar la anulación de la pena en los supuestos en que tras la defraudación se regulariza en los términos previstos en el Código, reservándose la posibilidad de sanción al plano administrativo.

Finalmente, debemos señalar que la doctrina penal no suele diferenciar entre *fundamento* y *finalidad* de la regularización. No debe confundirse el objetivo perseguido por el legislador mediante la aprobación de una norma determinada, con el fundamento que inspira y explica la misma. La finalidad de la regularización es clara: facilitar a la Administración de la Seguridad Social la percepción de cuotas del sujeto defraudador, haciendo efectivo el cobro de éstas, lo que supone un interés claramente recaudatorio. Aún constituyendo esta la *finalidad*, no creemos que pueda ser el *fundamento* de la norma. Las razones que movieron al legislador a establecer la figura de la regularización en el Código Penal pueden constituir la *finalidad* pretendida, pero no prejuzgan en ningún caso el *fundamento* de la institución, que debe establecerse de acuerdo con los principios propios del orden penal: en este caso, en el interés político – criminal en la reparación, y en la reducida necesidad de pena que, en atención a criterios preventivo – generales y preventivo – especiales, se ponen de manifiesto con este comportamiento, lo que acompañado del principio de mínima intervención penal explica cuál es el *fundamento* de la norma.

³¹ GÓMEZ PAVÓN, en Álvarez García et. al., *La regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social*, cit., pp. 580 – 581; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “La reforma del Derecho penal tributario: nuevas oportunidades para el fraude fiscal”, en *Iuris: actualidad y práctica del Derecho*, nº 181 – 182, 2012, pp. 14 – 15; TIRADO ESTRADA, J.: “El concepto de regularización tributaria como causa de exención de la responsabilidad penal en el delito fiscal”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 248, 1996, p. 4; GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho penal*, cit., pp. 199 – 200.

³² Cfr.: BACIGALUPO, E.: *Delito y punibilidad*, Madrid, 1983, pp. 120 y ss.; LUZÓN PEÑA, D. M.: “La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XLVI, 1993, pp. 21 y ss.

Legittima difesa: fra retorica e problemi reali

The Right of Self-defence: Between Rhetoric and Concrete Problems

DOMENICO PULITANÒ

*Professore emerito di Diritto penale presso l'Università di Milano Bicocca
domenico.pulitano@unimib.it*

ABSTRACT

La discussione sulla legittima difesa e il testo approvato dalla Camera dei deputati nel 2017 ripropongono problemi relativi al requisito della proporzione, alla possibile rilevanza del turbamento psichico, ai costi dell'accertamento. Una riforma ragionevole potrebbe essere l'attribuzione di rilevanza scusante all'eccesso di difesa derivante da turbamento psichico in presenza di una effettiva aggressione, così restringendo l'ambito della responsabilità per eccesso colposo. Logicamente insostenibile è la pretesa di una applicazione automatica della scriminante, senza passare per un accertamento di competenza dell'autorità giudiziaria.

This paper discusses the recent proposals for a possible reform of the law on self-defence in Italy, and advocates the introduction of an excuse based on the emotional shock caused by an unlawful aggression, that should apply when the reaction exceeds the limits set by the statutory requirements of necessity and proportionality.

SOMMARIO

1. Passione e ragione. – 2. Problemi di giustificazione obiettiva. La proporzione. – 3. Problemi di imputazione soggettiva. – 4. I costi della difesa nel processo. – 5. Una prospettiva liberale sulla difesa legittima.

1.

Passione e ragione.

La questione della legittima difesa, venuta in primo piano nell'attualità politica, si presta ad essere un banco di prova di ciò che la cultura giuridica può dare alla politica legislativa¹. Un banco di prova della nostra capacità di partecipazione alla sfera pubblica entro la quale si svolge l'attività istituzionale di produzione di leggi, apportando qualcosa che il mondo della cultura dovrebbe saper produrre e mettere a disposizione: un contributo di analisi, di riflessione, eventualmente di proposte.

Propongo qui alcune riflessioni sul testo approvato dalla Camera dei deputati, in prima lettura, il 4 maggio 2017, e sul discorso pubblico che ha accompagnato l'iter legislativo interrotto dalla fine della legislatura.

“La difesa è sempre legittima”, dice uno slogan usato dalla propaganda politica. Suona bene: prende posizione dalla parte dell'agredito, si fa carico di paure diffuse. La sua efficacia poggia su un'intrinseca ambiguità. Esibisce una parvenza di ovvietà, come se fosse una tautologia, vera per definizione perché priva di contenuto informativo; ma una tautologia che si presta ad essere adattata a ciò che il destinatario ritiene giusto, caricandosi di un significato valutativo e prescrittivo. Una finta tautologia, che se resa esplicita (“la legittima difesa è sempre legittima”, ho sentito dire in una intervista televisiva) si rivela banale, perde l'appeal propagandistico. *Difesa sempre legittima* è una formula retorica che nasconde (lascia in ombra, come se fosse già risolto) il problema di chiarire che cosa si debba intendere per difesa e per difesa legittima.

È compito della cultura analizzare i linguaggi, rilevare ambiguità e reticenze, porre domande scomode. Se ci poniamo un problema di *difesa legittima*, dobbiamo preliminarmente precisare che cosa intendiamo per *difesa*: in quale situazione sorge il problema di reagire realizzando un fatto che in via generale (fuori della situazione di difesa) di per sé costituirebbe reato?

Si tratta di giustificare fatti tipici di delitto contro la persona: reazioni contro persone, sia pure aggressori; fatti normalmente vietati per il loro contenuto lesivo. La difesa che può chiedere giustificazione è una difesa in una situazione di necessità (*Notwehr*, alla tedesca), dice la tradizione giuridica della quale è figlio il nostro ordinamento. *Necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta*, dice il codice Rocco.

In via generale, le necessità di difesa (nel senso più lato) da aggressioni future sono affidate allo Stato, il grande Leviatano detentore del monopolio della forza. È questa la risposta che il nostro mondo dà al problema hobbesiano²: come assicurare ordine, protezione, sicurezza, condizioni per la cooperazione. L'autotutela privata ha una ragion d'essere là dove l'intervento del Leviatano sia in concreto impossibile: la tutela affidata all'autorità statale ritorna nelle mani dell'avente diritto quando, in concreto, non sia dato attendere l'intervento della pubblica autorità senza pregiudizio per il diritto agredito.

In questi termini la difesa necessitata da aggressioni in atto è un diritto della persona ingiustamente aggredita, che l'ordinamento non potrebbe negare. Difendere la propria vita è un diritto così fondamentale che anche per l'assolutista Hobbes un eventuale patto di non difendersi dalla forza con la forza sarebbe nullo³.

Non esiste - ha scritto un autorevole giurista americano in un avvincente libro - alcuna semplice regola che tracci il confine fra l'autorità dello Stato e il diritto degli individui a proteggere se stessi. Su questo problema entrano in gioco teorie morali e ideologiche in conflitto fra loro; alcune fanno appello alle passioni, altre alla ragione⁴.

Presupposto della difesa è l'offesa. All'aggressione in atto l'agredito è autorizzato a reagire: reagire come? Requisito di base è la *necessità di difesa*: caratterizza la difesa legittima sotto

¹ Su questo tema l'Associazione italiana dei professori di diritto penale ha organizzato un convegno: “Il laboratorio delle leggi. Un dialogo possibile tra scienza e legislatore penale”. Roma, 16 ottobre 2015.

² Traggio questa definizione da B. WILLIAMS, *In principio era l'azione*, Milano, 2005, p. 5.

³ TH. HOBBS, *Leviatano*, XIV, n. 29.

⁴ G. FLETCHER, *A crime of self-defence: Bernhard Goetz and the law on Trial*, 1988, traduz. italiana *Eccesso di difesa*, Milano 1995, p. 29.

l'aspetto della razionalità ed economicità rispetto allo scopo. Difesa *necessitata* è la reazione in un modo idoneo a neutralizzare il pericolo senza esporsi a rischio, e che in presenza di più alternative idonee comporta per l'aggressore conseguenze meno gravose⁵.

La reazione difensiva necessitata è legittima, aggiunge l'art. 52, 1° comma, “*sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa*”. Aggiungendosi al requisito della necessità, il requisito della *proporzione* comporta una restrizione ulteriore dell'ambito della giustificazione. “*Anche se la nostra bilancia pende a favore di colui che si difende, si arriva a un punto in cui gli interessi umani basilari dell'aggressore superano quelli di una vittima innocente*”; si può discutere su dove stia il punto di rottura, a un certo punto dobbiamo dire basta⁶. Non si può sparare al ladro di frutta per impedirgli di rubare.

Non è senza interesse osservare che la normativa vigente in materia di legittima difesa ha il suo nucleo essenziale (art. 52, comma 1) in un codice di matrice autoritaria, assai sensibile ai problemi di contrasto alla criminalità, qui coerente con una solida tradizione in materia di difesa legittima, e che quel nucleo è stato integrato dalla novella del 2006 (legge 13.2.2006, n. 59), un'iniziativa legislativa di una maggioranza politica assai sensibile a esigenze o suggestioni securitarie.

2.

Problemi di giustificazione obiettiva. La proporzione.

Per una riflessione su eventuali esigenze d'intervento legislativo, dobbiamo partire dall'esistente. E l'esistente, non solo in Italia, è la legittimità di principio della difesa necessitata (*Notwehr*). Dentro questa cornice (non in discussione) il punto controverso è il problema della proporzione: un *limite di tollerabilità etico-sociale* che comporta un *costo etico-sociale*: la limitazione del diritto di difendere propri diritti, che il criterio della proporzione introduce, in certi casi preclude di fatto la possibilità di una difesa legittima.

La proporzione della reazione difensiva è un problema che merita di essere discusso, ragionevolmente aperto a più soluzioni.

Un fautore colto della difesa *sempre legittima* potrebbe cercare credenziali nel grande giurista tedesco del secolo XIX che ha ravvisato nella lotta per il diritto una sostanza etica che la rende doverosa, e polemizzato contro concezioni che conducono ad elevare a dovere giuridico l'abbandono del diritto e la vigliacca defezione dinanzi al torto⁷. È un testo fascinoso, quello di Jhering, che arriva a esaltare le ragioni di personaggi come Shylock che esige la pattuita libbra di carne, o Michael Kohlhaas, che il senso di giustizia (*Rechtsgefühl*) trasformò in brigante e assassino, non avendo ottenuto giustizia per un torto subito⁸. Sono esempi estremi, paradossali, che portano molto lontano da ciò che potrebbe essere considerato difesa legittima.

Fiat justitia et pereat mundus, o ne pereat mundus? Di un ordine giuridico c'è bisogno *ne pereat mundus*. Da ciò il problema dei *limiti etico-sociali* che sia ragionevole apporre – o non apporre – alla di per sé sacrosanta lotta per il diritto e per la difesa del diritto aggredito.

Proprio l'*ineluttabilità etico-politica di un limite alla giustificazione obiettiva* è la *premessa di problemi relativi alla posizione del limite*. Non qualsiasi modalità di difesa, seppur necessitata (senza alternative possibili nel caso concreto) è *sempre legittima*. Limiti legati alla garanzia del diritto alla vita sono posti dall'art. 2 della Convenzione EDU. Dove porre esattamente il limite, resta un problema aperto a livello sia di politica legislativa, sia di valutazione giudiziaria delle variegate tipologie di fatti concreti.

La novella del 2006 è pervenuta a soluzioni, vivamente discusse all'epoca, che comunque presuppongono la *proporzione* come limite di tollerabilità etico-sociale, e dettano regole relative a situazioni particolarmente delicate: difesa da aggressioni portate in luoghi privati (uso quest'espressione per brevità, rinviando agli artt. 52 e 614 c.p.).

È forse il caso di sottolineare che l'intrusione o permanenza abusiva nell'altrui domicilio è di per sé un'offesa in atto, che (ovviamente, vorrei poter dire) si ha *sempre* diritto di respingere nei limiti della necessità e proporzione. La novella del 2006 allarga i margini della difesa pro-

⁵ Sui profili generali della legittima difesa, qui non oggetto di approfondimento, ci limitiamo a ricordare C.F. GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità*, Milano, 1964; ID., *Legittima difesa (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974; T. PADOVANI, voce *Difesa legittima*, in *Dig. pen.*, 1989.

⁶ G. FLETCHER, *op. cit.*, p. 36.

⁷ R. JHERING, *La lotta per il diritto*, traduz. italiana Roma-Bari, 1960, p. 148 s. (il testo originale risale al 1872). L'argomento trattato è la difesa dei diritti soggettivi, alla legittima difesa sono dedicate le pagine finali.

⁸ H. v. KLEIST, *Michael Kohlhaas*, traduzione italiana Venezia 2003.

porzionata, in situazioni più pericolose.

Le posizioni più spinte nell'attuale dibattito propongono una "modificata della proporzionalità tra difesa ed offesa, non perché non si condivida la necessità di evitare reazioni sproporzionate per attacchi privi di una reale offensività", ma sull'assunto (fattualmente infondato nella sua genericità) che la normativa vigente si sarebbe "nei fatti tradotta, anche attraverso la sua interpretazione giurisprudenziale, in una sostanziale inapplicabilità dell'esimente"⁹.

Il testo approvato dalla Camera fa professione verbale di rispetto dei requisiti di legittimità della difesa, la necessità e la proporzione: questo significa il "fermo restando quanto previsto dal primo comma" dell'art. 52, nella proposta di aggiungervi un nuovo comma (art. 1 lett. a). Le disposizioni proposte riguardano il giudizio di proporzione, secondo la linea avviata dalla novella del 2006.

C'è bisogno di allargare il campo della giustificazione obiettiva? Nemmeno le argomentazioni più spinte arrivano a sostenere espressamente che il limite della proporzione debba essere totalmente azzerato. Se la discussione è sulle applicazioni giurisprudenziali, una razionale politica del diritto esigerebbe una ricognizione il più possibile completa, per poter valutare se e che cosa sia eventualmente da chiarire.

Il testo approvato dalla Camera non chiarisce nulla. Sul piano della comunicazione si è rivelato infelice, al punto da dare pretesto ad assurde interpretazioni alla rovescia (il tempo di notte come limite della scriminante, come se non restasse fermo in via generale il riconoscimento della difesa legittima quale causa di giustificazione).

3.

Problemi di imputazione soggettiva.

Quale che sia il limite della giustificazione obiettiva, problemi ulteriori riguardano gli ulteriori elementi del giudizio sulla responsabilità personale. Questioni di responsabilità soggettiva, concernenti non il discrimine fra il lecito e illecito, ma i limiti dell'esigibile, si pongono in un'ottica di delimitazione dell'intervento penale nei confronti di chi abbia avuto la ventura di trovarsi nella conduzione di aggredito.

Il testo approvato dalla Camera contiene una norma (art. 1 lett. b) relativa al grave turbamento psichico, da inserire come ultimo comma nell'art. 59 c.p., la disposizione sull'erronea supposizione di cause di giustificazione. La colpa si vuole esclusa nelle vecchie e nuove ipotesi di difesa in luoghi privati "se l'errore è conseguenza del grave turbamento psichico causato dalla persona contro la quale è diretta la reazione".

È una proposta ben intenzionata, tecnicamente male inserita nel sistema del codice.

Aggressioni in atto mettono sotto pressione psicologica, più meno forte. L'intrusione o permanenza abusiva nell'altrui domicilio può essere fonte di un grave turbamento psichico, e un errore può esserne conseguenza: un errore di esecuzione, o un'erronea rappresentazione di elementi della situazione, su cui si innesti una reazione 'eccessiva'. Anche un eccesso che sia colposo secondo i parametri ordinari di valutazione, potrebbe essere meritevole di uno sguardo meno severo di quanto non dicano i parametri di prudenza e diligenza esigibili in situazioni normali. Spostare (restringere) il confine (non della giustificazione obiettiva, ma) della responsabilità, per ragioni relative al profilo soggettivo, può essere una linea saggia.

È l'effettività di un'aggressione in atto la causa probabile di grave turbamento psichico, e l'eccesso anche colposo il fatto che pone il problema dell'eventuale esonero da responsabilità. È sull'art. 55 – la disposizione sull'eccesso colposo – che vi è ragione di intervenire.

Altri ordinamenti già prevedono la non punibilità nel caso di eccesso dai limiti della difesa legittima. Basti ricordare il §. 33 (*Überschreitung der Notwehr*) del codice penale tedesco: non punibile è l'eccesso *aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken* (tradurrei turbamento o confusione, paura, spavento).

Anche il testo approvato dalla Camera esclude *tout court* la responsabilità là dove l'errore (nella linea qui sostenuta, l'eccesso colposo, in presenza dei presupposti d'una difesa legittima) sia derivato da un grave turbamento psichico. È un passo forte, esclude la responsabilità anche in caso di colpa grave. È una scelta *discutibile*, nel senso letterale del termine: possono essere addotte buone ragioni sia a favore che contro. Un'alternativa potrebbe essere l'attestare sulla colpa grave (con esclusione, quindi, della colpa lieve) il confine della responsabilità per eccesso

⁹ Relazione di minoranza dell'on. Molteni, sulle proposte all'esame della Commissione giustizia della Camera dei deputati.

colposo in legittima difesa: una linea non estranea alla legislazione più recente (responsabilità medica).

Nella presente situazione spirituale, ritengo preferibile non arretrare rispetto alla proposta: un segnale d'attenzione per chi, reagendo in una situazione in cui aveva diritto di reagire, abbia ecceduto per effetto di grave turbamento.

La questione del grave turbamento psichico, nel testo in esame, è collegata (e limitata) alla difesa in luoghi privati. Di fatto può sorgere in qualsiasi situazione di difesa necessitata. La scusante fondata sul turbamento psichico può essere generalizzata: rispetto al testo approvato dalla Camera, sarebbe un passo avanti politicamente spendibile.

Può questa prospettiva riguardare anche l'errore sulla situazione scriminante, disciplinato dall'art. 59 c.p.? L'ipotesi di un *grave turbamento psichico causato dalla persona contro la quale è diretta la reazione* fa venire in mente il caso del famoso calciatore che ha simulato una rapina in gioielleria ed è stato vittima della reazione armata del gioielliere. Un'ipotesi eccezionale, che trova ragionevole soluzione alla stregua dei principi generali in materia di errore: colposo o incolpevole, secondo che la messa in scena della finta aggressione sia o non sia tranquillamente riconoscibile¹⁰.

Se il problema politico, cui si vuol dare risposta, è evitare un'eccessiva responsabilizzazione di chi si trovi costretto dalla necessità di difendersi, è l'eccesso colposo in una reazione difensiva necessitata, e non l'erronea supposizione d'un pericolo in realtà inesistente, il problema cui potrebbero essere date risposte nuove e migliori.

Il testo approvato dalla Camera, nel comma relativo al grave turbamento psichico, sbaglia nel collegarsi all'art. 59 (erronea supposizione di una situazione scriminante) invece che all'art. 55 (eccesso colposo). La problematica dell'erronea supposizione, cui si riferisce l'art. 59, non è specificamente collegata a situazioni di aggressione reale: riguarda reazioni che colpiscono tragicamente chi abbia avuto la sfortuna (magari per colpa propria, simulando troppo bene una rapina) di essere erroneamente percepito come aggressore. Là dove un'erronea supposizione si innesti su una situazione in cui sussistono i presupposti obiettivi della legittima difesa, l'eventuale eccesso di reazione va valutato alla stregua dell'art. 55¹¹.

Alla luce del principio di colpevolezza, l'art. 59 va bene così com'è. Non c'è alcuna ragione per modificare i normali parametri di valutazione della colpa, con riguardo a reazioni soggettivamente difensive ma che cadano su vittime innocenti.

4.

I costi della difesa nel processo.

Il testo in esame prevede di mettere a carico dello Stato l'onorario e le spese della difesa di chi sia stato dichiarato non punibile per legittima difesa o stato di necessità. L'intento è di alleggerire la posizione di chi si sia trovato coinvolto in problemi di giustizia penale per avere avuto la sfortuna di essersi trovato in una situazione di necessità di difesa (o di salvare se stesso o altri da un pericolo di danno grave alla persona).

Questa proposta è un surrogato di posizioni che vorrebbero evitare *tout court* il passaggio attraverso la macchina giudiziaria per chi si sia trovato a difendersi: "Non vogliamo processi. Vogliamo certezze." Certezze che dovrebbero essere date da elementi oggettivi indicati da una norma che "consenta alla persona offesa, di diritto, cioè automaticamente, di essere tutelata attraverso l'applicazione della scriminante della difesa legittima"¹².

È una pretesa (purtroppo) *concettualmente impossibile*: la legge pone criteri di valutazione in termini generali e astratti, il giudizio su casi concreti – l'accertamento dei fatti e la valutazione giuridica – passa attraverso un decisore sui casi concreti. Ciò vale ineluttabilmente anche per il fatto di chi abbia avuto la sfortuna di trovarsi in situazioni di necessità, e di essere stato costretto a reagire realizzando un fatto lesivo verso altri.

¹⁰ Nel caso della rapina simulata dal famoso calciatore, è stata riconosciuta la legittima difesa putativa a discolpa dell'orecchio che ha sparato e ucciso; cfr. Trib. Roma, 4 febbraio 1977, in *Cass. pen. Mass.*, 1977, p. 1046 s.

¹¹ Un caso del genere è stato esaminato da Cass. 9.2.211, n. 11610 (annullamento con rinvio di una condanna per lesioni colpose). Ne è stata estratta la seguente massima "La presunzione di proporzionalità della reazione difensiva armata in caso di violazione di domicilio, prevista dal secondo comma dell'art. 52 cod. pen., opera anche nell'ipotesi di legittima difesa putativa incolpevole". Si tratta in realtà di un caso in cui il presupposto della legittima difesa esisteva (intrusione abusiva nel domicilio), e l'erronea supposizione di un intento aggressivo ha motivato una reazione qualificabile come eccesso colposo.

¹² Così la già citata relazione di minoranza.

Nessuna disciplina legislativa potrebbe rendere superfluo l'accertamento giudiziario dei presupposti di legittimità - o di eventuali profili di illegittimità - di comportamenti tenuti in un caso concreto. Dalla casistica giurisprudenziale emergono incertezze che spesso (o di regola?) riguardano la situazione di fatto. Ed è l'accertamento dei fatti il compito specifico, talora semplice talora difficile, dell'autorità giudiziaria.

L'idea di una tutela *automatica*, che non passi per l'accertamento giudiziario, è semplicemente assurda. Proprio per questo, merita attenta considerazione il problema di limitare quanto più possibile i costi della procedura (in senso lato, non solo economici) per chi abbia agito in un modo coperto dalla causa di giustificazione.

Questo problema riguarda non soltanto chi abbia avuto la sfortuna di doversi difendere, ma qualunque persona innocente che finisca coinvolta nella macchina investigativa e giudiziaria. La proposta di legge *in itinere* ritaglia un'ipotesi che appare più vistosa di altre: la *doppia sfortuna* di chi, dopo essersi legittimamente difeso da un aggressore, deve preoccuparsi dell'accertamento giudiziario.

Entro la variegata casistica dei coinvolgimenti processuali (come indagati o imputati) di persone innocenti, ha sufficiente giustificazione, a fronte del principio d'eguaglianza, il trattamento più favorevole di chi si è difeso, rispetto a chi non abbia commesso il fatto tipico a lui contestato? La proposta in esame appare, a un tempo, un indennizzo non irragionevole¹³, e un favore discriminatorio rispetto a casi non meno meritevoli.

Ciò che merita considerazione prioritaria è il problema generale: il funzionamento dei filtri processuali. Un problema fra i più delicati nella attuale situazione della giustizia penale. Riguarda i filtri affidati al giudice, a partire dall'udienza preliminare; e anche i filtri di competenza degli inquirenti, nella valutazione di 'notizie di reato' e nella selezione di ipotesi investigative. I tempi e i costi del procedimento *non* sono neutri rispetto alla giustizia. Il tempo richiesto per arrivare al giudizio d'infondatezza di un'ipotesi d'accusa (prima e dopo l'eventuale esercizio dell'azione penale) è di per sé un costo, in parte inevitabile, talora evitabile o drasticamente riducibile da un migliore funzionamento della macchina.

Da questi problemi la macchina del *law enforcement* non può chiamarsi fuori. Non è questione di fiducia o sfiducia nella magistratura, ma di rilevazione di un dato strutturale, uno fra i più importanti profili di tensione della macchina penalistica.

Ben venga, dunque, l'attenzione del legislatore (e non solo del legislatore) per i problemi dell'esposizione ai costi dell'essere indagati e imputati. Ridurre al minimo la pena del processo - e in particolare l'esposizione dell'innocente - è l'esigenza di fondo che traspare dietro la proposta relativa ai costi della difesa dell'agredito. Non è un problema specifico della legittima difesa. È un'esigenza che tocca *a tutto campo* il funzionamento delle istituzioni di giustizia penale.

5.

Una prospettiva liberale sulla difesa legittima.

Riassumendo. Vi sono problemi di disciplina della legittima difesa, sia di diritto penale sostanziale, sia legati al passaggio dinanzi alla magistratura, che meritano di essere presi sul serio. Lottica garantista della delimitazione dell'intervento penale (*l'extrema ratio!*) vale anche a favore di chi abbia avuto la sfortuna di trovarsi nella conduzione di agredito.

I profili di garanzia e di *extrema ratio*, con riguardo alla difesa che si sia estrinsecata in reazioni 'penalmente tipiche', non sono (forse) considerati a sufficienza dalla dottrina penalistica. Forse siamo stati condizionati dall'esigenza prioritaria di contrastare impostazioni strumentali a interessi di *politique politicienne*, e di criticare le cadute di razionalità che normalmente accompagnano lo sfruttamento politico delle questioni del contrasto alla criminalità: *fake-pensiero su l'ali dorate* della retorica, esempio del degrado del linguaggio e dell'argomentazione che spesso accompagna lo sfruttamento politico delle questioni (e delle emozioni) legate al problema criminalità. Ma talora sono argomenti rivestiti di forme suggestive, che fanno presa nel teatro mediatico e in quel teatro può esser difficile contrastare. Proprio per questo, compete alla cultura giuridica decostruire le retoriche e cogliere i problemi reali.

C'è (e sentiamo forte) l'esigenza di contrastare l'idea che la difesa dalla criminalità passi

¹³ Non ragionevole è il riferimento allo stato di necessità: fuoriesce dal campo di problemi che danno spessore alla materia della legittima difesa, riguarda situazioni particolarmente problematiche, e ha rilevanza pratica del tutto trascurabile.

dall'armarsi di privati cittadini: un'idea pericolosa per la tenuta dell'ordine giuridico, che rischia di essere accreditata dal fare apparire il problema della legittima difesa (importante in via di principio, ma nei fatti quantitativamente modesto) come cruciale per il contrasto alla criminalità. Un problema che è e deve restare totalmente a carico del Leviatano.

C'è (e sentiamo forte) l'esigenza di contrastare le passioni che vedono nella reazione contro un aggressore una componente punitiva che la difesa privata non ha e non può avere. Forse l'idea di una difesa *sempre legittima* sente la reazione anche (o principalmente?) come 'punizione' sempre meritata dall'offensore. È un sentimento comprensibile, ma un'idea del tutto al di fuori della nostra civiltà del diritto. La punizione è riservata allo Stato, e incontra limiti – anche 'di proporzione' – *più stringenti* di quelli della difesa.

C'è un'esigenza di maggior protezione, alimentata da tante ragioni fondate e infondate. Nei giorni in cui ho scritto queste pagine ho casualmente raccolto dalla voce di un tassista un quadro composito di cui fanno parte esposizioni reali ad aggressioni criminali e a rischi difficilmente evitabili, sentimenti caldi, anche idee confuse o sbagliate sui limiti di legittimità di reazioni difensive. Di tutto questo, la politica non può non tenere conto.

Come giuristi, abbiamo la nostra stella polare nei principi di democrazia liberale. Ne fa parte anche la *lotta per il diritto*; anche quella che sia costretta a passare attraverso una difesa necessitata, diritto della persona di matrice individualistica e valenza liberale. È un diritto che può arrivare a esporre l'aggressore al rischio di morte anche in ordinamenti giuridici in cui la pena di morte è messa al bando. Esige uno spazio di obiettiva giustificazione, al cui confine si pone il problema della proporzione.

Oltre quel confine, la situazione di difesa può essere matrice di scuse ragionevoli e di ragionevoli discolpe o esoneri da responsabilità. Persino per eccessi inescusabili potrebbe essere ragionevole prevedere una qualche mitigazione delle risposte penali. Sono questioni, anche queste, che interpellano l'impegno liberale della cultura giuridica.

Neuroscienze e diritto penale: le questioni sul tappeto

Neuroscience and Criminal Law: the Open Issues

FABIO BASILE* E GIUSEPPE VALLAR**

*Professore ordinario di Diritto penale presso l'Università degli Studi di Milano

**Professore ordinario di Psicobiologia e Psicologia fisiologica, Università Milano-Bicocca

fabio.basile@unimi.it, giuseppe.vallar@unimib.it

DETERMINISMO, DIRITTO PENALE, DOLO, GIURISPRUDENZA DI MERITO, GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ, IN-IMPUTABILITÀ, NEUROPSICOLOGIA, NEUROSCIENZE, NEUROSCIENZE COGNITIVE, PERICOLOSITÀ SOCIALE, PROCESSO PENALE, VOLONTÀ LIBERA

DETERMINISM, CRIMINAL LAW, SPECIFIC INTENT, DECISIONS OF COURTS OF FIRST INSTANCE, DECISIONS OF COURTS OF APPEALS, NON-IMPUTABILITY, NEUROPSYCHOLOGY, NEUROSCIENCE, COGNITIVE NEUROSCIENCE, SOCIAL DANGEROUSNESS, CRIMINAL PROCEDURE, FREE WILL

ABSTRACT

Da qualche anno anche in Italia si sono affacciate sulla scena del diritto e del processo penale le c.d. neuroscienze, vale a dire quel complesso di discipline che indaga sulle connessioni neuronali dei comportamenti umani. A livello teorico, e de iure condendo, la dottrina penalistica si è, quindi, interrogata sulla possibilità di una "rifondazione" del diritto penale che faccia tesoro delle acquisizioni neuroscientifiche (per quanto riguarda, in primis, il possibile superamento del dogma della volontà libera e non determinata). A livello pratico, e de iure condito, si registrano, intanto, alcune applicazioni delle neuroscienze finalizzate a fornire la prova di questo o quell'elemento del reato: questo secondo approccio, indubbiamente più prolifico del primo, dopo aver riscosso un iniziale favore presso la giurisprudenza di merito, sembra, tuttavia, ora scontrarsi con un profondo scetticismo da parte della giurisprudenza di legittimità.

In recent years, also in Italy the neurosciences, namely the set of scientific disciplines that investigates, among other topics, the neural basis of human behavior, and its disorders, started to interact with criminal law and criminal procedure. At a theoretical level, and de iure condendo, criminal law scholars investigated then whether criminal law may be "refounded", also on the basis of scientific evidence from advances in neuroscience (first of all, as to the possible overcoming of the dogma of free and self-determined will). At a practical level, and de iure condito, some applications of the neurosciences, aimed at providing the evidence of one or of another essential element of the crime, are on record: the latter approach, so far apparently more prolific than the former, after having obtained some approval by the decisions of the Italian courts of first instance and courts of appeals, seems, however, at present to be received with deep skepticism by the Italian Supreme Court.

SOMMARIO

1. Introduzione. – 2. Che cosa sono le neuroscienze? – 3. Una “rifondazione” su basi neuroscientifiche del diritto penale? – 4. Una “collaborazione” delle neuroscienze al diritto penale? – 4.1. “Collaborazione” in sede di accertamento della in-imputabilità. – 4.2. “Collaborazione” in sede di accertamento della immaturità psichica del minore ultraquattordicenne. – 4.3. “Collaborazione” in sede di accertamento della pericolosità sociale. – 4.4. “Collaborazione” in sede di verifica della attendibilità delle dichiarazioni rese nel processo. – 4.5. “Collaborazione” in sede di accertamento del dolo. – 5. Una strada spianata o un percorso irto di ostacoli alla “collaborazione” tra diritto penale e neuroscienze? – 5.1. Gli ostacoli frapposti dalla legge penale. – 5.2. Gli ostacoli frapposti dallo stesso dibattito neuroscientifico. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione.

Il tema delle interazioni tra neuroscienze, in particolare cognitive, e diritto penale, è di interesse crescente, e coinvolge sia gli studiosi del diritto penale¹, sia i neuro-scienziati², talora impegnati in un confronto reciproco³. Si tratta – vale subito la pena di dirlo – di un tema controverso, che ha significative implicazioni, anche di carattere filosofico ed epistemologico.

In via preliminare risulta, altresì, opportuno precisare che il tema “neuroscienze e diritto penale” va tenuto distinto dall’indagine neuroscientifiche sulle ipotetiche basi neurali della “legge” o, più precisamente, dei comportamenti, quali decisioni con caratteristiche “legali”⁴. Quest’ulteriore tipo di indagine non è diverso, dal punto di vista dell’approccio metodologico neuroscientifico, da quello di un dominio affine, ma non interamente sovrapponibile⁵, vale a dire quello delle basi neurali della “morale”⁶; più in generale, esso non è diverso dall’indagine sui correlati neurali di ogni altro aspetto del comportamento umano⁷.

Il presente lavoro, scritto da un penalista e da un neuropsicologo, dopo aver fornito una breve definizione delle “neuroscienze”, si articolerà in tre parti, in cui si discute la possibilità di: 1) una “rifondazione” su basi neuroscientifiche del diritto penale, con particolare riferimento al diritto penale italiano; 2) una più limitata “collaborazione” delle neuroscienze al diritto e al processo penale; 3) gli ostacoli che si possono profilare a una tale collaborazione.

2. Che cosa sono le neuroscienze?

Come punto di partenza, possiamo prendere le mosse da una definizione di neuroscienze fornita in una recente monografia penalistica: “con il termine neuroscienze si indica un gruppo

¹ In argomento, anche per richiami a lavori di maggior respiro e approfondimento, C. GRANDI, *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi?*, Torino, 2016, p. 3 ss.; O. DI GIOVINE, voce “Neuroscienze (diritto penale)”, in *Enc. dir., Annali*, VII, Giuffrè, 2014, p. 711 ss.

² Sul punto, tra i molti, v. F. CARUANA (a cura di), *Scienze cognitive e diritto*, in *Sistemi Intelligenti*, 22(2), 2010, pp. 179-374.

³ Di recente, ha dato avvio ad un ampio dibattito, l’articolo-bersaglio di G. SARTORI, A. ZANGROSSI, *Neuroscienze Forensi*, in *Giornale Italiano di Psicologia*, 2016, n. 4, pp. 689-711. Per un commento a tale articolo, sia consentito rinviare a G. VALLAR, F. BASILE, *Diritto penale e neuroscienze*, *ivi*, pp. 799-806.

⁴ Sul punto, v. J. W. BUCKHOLTZ, C. L. ASPLUND, P. E. DUX, D. H. ZALD, J. C. GORE, O. D. JONES, R. MAROIS, *The neural correlates of third-party punishment*, in *Neuron*, 60(5), 2008, pp. 930-940; per un riepilogo del relativo dibattito, v. pure L. Cominelli, *Neuroprova e bias giudiziario*, in R. Brighi, S. Zullo (a cura di), *Filosofia del diritto e nuove tecnologie. Prospettive di ricerca tra teoria e pratica*, Ariccia, Aracne editrice, 2015, p. 183 ss.

⁵ In argomento, v. H. L. A. HART, *Positivism and the separation of law and morals*, in *Harvard Law Review*, 71(4), 1958, pp. 593-629; R. A. POSNER, *The problematics of moral and legal theory*, in *Harvard Law Review*, 111(7), 1998, pp. 1637-1717; A. BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza: contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1963, p. 7 ss. Sulla questione dei rapporti tra diritto penale e morale, sia consentito rinviare, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, a F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 89 ss.

⁶ Sul punto, v. J. MOLL, R. DE OLIVEIRA-SOUZA, P. J. ESLINGER, I. E. BRAMATI, J. MOURÃO-MIRANDA, P. A. ANDREIUOLO, L. PESSOA, *The neural correlates of moral sensitivity: A functional magnetic resonance imaging Investigation of basic and moral emotions*, in *The Journal of Neuroscience*, 22(7), 2002, pp. 2730-2736.

⁷ In tema di neuroscienze cognitive, con ampi rinvii alla letteratura specialistica, v. M. S. GAZZANIGA (a cura di), *The cognitive neurosciences*, 4^a ed., Boston, Mass, MIT Press, 2014. Con specifico riferimento alla neuropsicologia – disciplina che indaga le alterazioni cognitive ed emotivo-motivazionali causate da lesioni o disfunzioni cerebrali – sia consentito rinviare a G. VALLAR - C. PAPAGNO, *Manuale di neuropsicologia*, 2^a ed., Bologna, Il Mulino, 2011. Sul punto, si vedano anche i volumi di F. BOLLER, J. GRAFMAN (a cura di), *Handbook of neuropsychology*, Amsterdam, Elsevier.

*eterogeneo di discipline scientifiche, accomunate dall'obiettivo di spiegare come le connessioni neurali sovrintendano lo svolgimento di tutte le attività umane, non solo quelle estrinsecanti in semplici movimenti corporei, ma anche quelle più complesse (la volizione, le emozioni, persino la formulazione dei giudizi morali), tradizionalmente attribuite al dominio della mente e considerate inaccessibili all'indagine sperimentale*⁸.

Le neuroscienze hanno, in effetti, come scopo l'analisi e la comprensione ad ogni livello (molecolare, genetico, biochimico, neurofisiologico) del funzionamento del sistema nervoso centrale (cervello) e periferico. Conviene, tuttavia, distinguere, all'interno delle neuroscienze, diversi livelli di analisi. La *neuroscienza molecolare* indaga la biologia del sistema nervoso: le molecole, e le loro funzioni e interazioni, che sottendono lo sviluppo, la struttura, l'architettura e le funzioni del sistema nervoso. La *neuroscienza cellulare* studia le cellule del sistema nervoso, i neuroni: la morfologia cellulare, la sintesi e il trasporto di proteine, la comunicazione neuroni-cellule gliali⁹, gli aspetti biofisici e biochimici dell'attivazione dei recettori, la funzione dei canali ionici, la generazione del potenziale di azione e la trasmissione sinaptica, infine le proprietà funzionali delle sinapsi e la loro plasticità¹⁰.

Le neuroscienze molecolare e cellulare sono la base per il successivo livello della *neuroscienza dei sistemi*, che ha come oggetto di indagine l'architettura strutturale e funzionale, l'elaborazione, l'immagazzinamento e il richiamo di informazioni ad opera di circuiti cerebrali, coinvolti nelle attività sensoriali, percettive e motorie (programmazione e esecuzione del movimento), e in processi di più elevato livello (memoria e apprendimento, attenzione, emozioni, meccanismi di ricompensa, rappresentazione dello spazio e del corpo, linguaggio, processi decisionali, ragionamento e funzioni esecutive).

In particolare, la *neuroscienza comportamentale* ha come oggetto di indagine i meccanismi cerebrali, a tutti i livelli precedentemente menzionati, riguardati nella specifica prospettiva del comportamento, nelle sue manifestazioni sensorimotorie, cognitive e emotive. La *neuroscienza cognitiva* – che in parte si sovrappone con quella comportamentale – riguarda, invece, le basi neurali, a tutti i livelli sopraccitati, dei processi cosiddetti “mentali”, “di elevato livello” (percezione, azione, linguaggio, ragionamento e funzioni esecutive, memoria): è una disciplina di confine tra neuroscienze e psicologia (fisiologica e cognitiva) e raccoglie contributi dalla modellistica computazionale delle attività cerebrali e del comportamento. La *neuroscienza integrativa*, infine, si occupa dei meccanismi che supportano l'interazione tra i diversi livelli sopra sommariamente descritti, nel determinare un comportamento complesso, basato sul coordinamento dell'attività di sistemi sensoriali, percettivi, cognitivi (ad esempio, memoria, processi decisionali) ed emozionali, a partire dalle loro basi cellulari e molecolari.

I livelli di indagine cui si è fatto cenno riguardano il cervello e il comportamento “normale”, in via di sviluppo e nell'età adulta e anziana. Tuttavia, una ulteriore ed importante fonte di informazioni circa le funzioni e la struttura del sistema nervoso viene anche dallo studio delle malattie che possono colpire il cervello – campo di studio della *neurologia*¹¹ – la quale costituisce una disciplina medica che si occupa dei meccanismi, della diagnosi e del trattamento delle malattie del sistema nervoso.

Una specialità della neurologia, in particolare, è la *neurologia comportamentale*, la quale studia gli aspetti clinici e patologici dei processi nervosi associati all'attività mentale, e caratterizza la fenomenologia e la fisiopatologia dei disturbi comportamentali. I domini di interesse

⁸ C. GRANDI, *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi?*, cit., p. XI. Per una puntuale definizione di neuroscienze v. anche L. ALGERI, *Neuroscienze e testimonianza della persona offesa*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 33(3), 2012, p. 904: “le neuroscienze hanno ad oggetto lo studio del cervello e del sistema nervoso degli organismi viventi a livello molecolare, biochimico e genetico. Lo scopo delle neuroscienze è quello di analizzare la base biologica delle espressioni mentali e comportamentali dell'animale e dell'uomo a partire dallo studio delle singole cellule nervose, i neuroni”.

⁹ Le *cellule neurogliali* – cui ci si riferisce solitamente come cellule gliali o *glia* – sono diverse dalle cellule nervose. La differenza maggiore è che esse non partecipano direttamente alle interazioni sinaptiche e alla trasmissione di segnali elettrici, sebbene abbiano funzioni di supporto nei confronti dei neuroni, di cui sono circa tre volte più numerose. La glia mantiene l'appropriato ambiente ionico delle cellule nervose, modula l'azione sinaptica, la propagazione del segnale nervoso, nonché taluni aspetti dello sviluppo neurale; ha inoltre funzioni protettive e può partecipare al recupero dopo lesioni neuronali. Il termine “glia” (da una parola greca che significa “colla”) riflette l'idea ottocentesca, poi non confermata, che tali cellule “tenessero assieme” il sistema nervoso. Sul tema, diffusamente, D. PURVES, G. J. AUGUSTINE, D. FITZPATRICK, W. C. HALL, A.-S. LAMANTIA, J. O. MCNAMARA, S. M. WILLIAMS, *Neuroscience*, 3° ed., Sinauer Associates, Inc., Sunderland, Massachusetts U.S.A., 2004.

¹⁰ La *plasticità sinaptica* è il processo biologico per cui specifici *pattern* delle attività di connessione tra le cellule nervose – per l'appunto sinapsi – determinano cambiamenti della forza della connessione, contribuendo alla memoria e all'apprendimento. Meccanismi sia “pre-” che “post-” sinaptici possono contribuire all'espressione della plasticità sinaptica, in tal senso v. [questa pagina web](#).

¹¹ In argomento, v. A. V. ROPPER, M. A. SAMUELS, J. P. KLEIN, *Adams and Victor's principles of neurology*, 10° ed., New York, McGraw-Hill Global Education Holdings, 2014.

di tale branca della neurologia comprendono i deficit di processi percettivi di alto livello, le attività motorie complesse, l'attenzione, la memoria, il linguaggio e le funzioni cognitive "frontali" o "esecutive" (risoluzione di problemi, concettualizzazione astratta, processi decisionali, capacità di introspezione, pianificazione dell'azione nelle sue fasi successive, nell'ordine più appropriato allo scopo). La neurologia comportamentale include tre tipi generali di sindromi cliniche: 1) malattie diffuse e multifocali, che alterano il comportamento e i processi mentali (ad esempio, delirio e demenza); 2) sindromi associate a lesioni cerebrali focali (ad esempio, afasia, negligenza spaziale unilaterale, amnesia globale e deficit specifici di memoria, aprassia, agnosia); 3) manifestazioni neuropsichiatriche di malattie neurologiche (ad esempio, depressione, ansietà, mania, psicosi, cambiamenti della personalità, disordini ossessivo-compulsivi, che possono accompagnarsi a malattie come l'epilessia, le malattie cerebrovascolari, le lesioni cerebrali traumatiche o la sclerosi multipla). Queste categorie sindromiche possono essere suddivise, rispetto all'eziologia, in primarie (ad esempio, malattie neurodegenerative) e secondarie (ad esempio, disordini tossico-metabolici sistemici), o, sulla base della modalità con cui si verificano, in disordini ereditari o acquisiti¹².

Va, infine, menzionata la *neuropsicologia*, disciplina la quale studia le relazioni tra il cervello e il comportamento, e i processi cognitivi ed emotivo-motivazionali che lo determinano. La neuropsicologia indaga le alterazioni del comportamento in pazienti affetti da malattie neurologiche (si veda sopra quanto già detto in relazione alla neurologia comportamentale, con le cui tematiche la neuropsicologia si sovrappone largamente, sebbene con una relativa maggior focalizzazione sugli aspetti comportamentali e psicologici, rispetto a quelli neurologico-clinici), con finalità diagnostiche e riabilitative dei deficit comportamentali e cognitivi sopramenzionati (*neuropsicologia clinica*). La neuropsicologia indaga inoltre i correlati cerebrali degli aspetti più elevati (cognitivi ed emotivo-motivazionali) del comportamento in partecipanti senza lesioni o disfunzioni cerebrali¹³.

3.

Una "rifondazione" su basi neuroscientifiche del diritto penale?

Secondo alcuni studiosi, le neuroscienze – quindi, il complesso di discipline sopra richiamate – sarebbero ormai prossime a fornire la definitiva dimostrazione empirica che ogni comportamento umano è solo l'esito meccanicistico di un processo cerebrale¹⁴: non esisterebbe, insomma, una volontà libera, consapevole, ma solo una serie di connessioni neuronali governate dalle leggi causali della fisica. Da qui il passo è breve alla formulazione del seguente, inquietante interrogativo: se ogni comportamento umano è causalmente pre-determinato, è forse giunta l'ora di congedarsi da alcune categorie basilari del diritto penale come i concetti di "libero arbitrio", di "coscienza e volontà", di "responsabilità personale intesa come capacità di agire altrimenti"?¹⁵

C'è chi dice sì. C'è chi già propone una radicale rifondazione del diritto penale su nuove basi deterministiche, cui segue coerentemente una completa rimodulazione delle sanzioni, sganciate da qualsiasi nucleo retribuzionistico e proiettate esclusivamente in funzione di cura e di controllo (se del caso, anche *ante delictum*) del soggetto predisposto – stando ai suoi neu-

¹² Per un'approfondita indagine in tema di neurologia comportamentale, v. *American Academy of Neurology Behavioral Neurology Fellowship Core Curriculum*, revisione del 24 maggio 2000: in [questa pagina web](#); D. B. ARCINIEGAS, C. A. ANDERSON, C. M. FILLEY, *Behavioral Neurology & Neuropsychiatry*, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2013.

¹³ In argomento, v. F. DENES, L. PIZZAMIGLIO (a cura di), *Handbook of clinical and experimental neuropsychology*, 1° ed., Psychology Press, Howe, East Sussex, UK, 1999; C. A. UMLTÀ (a cura di), *Neuropsicologia sperimentale*. Milano, Franco Angeli, 1982; inoltre, volendo, G. VALLAR, C. PAPAGNO (a cura di), *Manuale di neuropsicologia. Clinica ed elementi di riabilitazione*, 2° ed., Bologna, Il Mulino, 2011.

¹⁴ Sia pur con sfumature e prospettive differenti, v. in tal senso, tra i molti, A. LAVAZZA, L. SAMMICHELI, *Il delitto del cervello. La mente tra scienza e diritto*, Torino, Codice Edizioni, 2012; D. M. WEGNER, *The illusion of conscious will*, Cambridge, Mass, MIT Press, Bradford Books, 2002. In particolare, Wegner argomenta che, essendo l'azione in primo luogo determinata da meccanismi cerebrali e psicologici, la volontà consapevole è solo un'illusione, che sta tuttavia alla base del nostro apprezzamento e del ricordo di noi stessi come autori delle nostre azioni e dello sviluppo del senso di responsabilità e della moralità.

¹⁵ Per una consapevole prospettazione di tali interrogativi, v., nella letteratura penalistica, C. GRANDI, *Neuroscienze e responsabilità penale*, cit., p. 31 ss.; nella letteratura medico-psicologica, G. SARTORI, A. ZANGROSSI, *Neuroscienze Forensi*, cit., p. 692 s.

roni – al crimine¹⁶.

Si tratta, tuttavia, di conclusioni che suscitano forti perplessità¹⁷, sintetizzabili nei tre ordini di considerazioni critiche di seguito esposte.

1) *In primo luogo*, si ha l'impressione di trovarsi di fronte solo all'ultimo tentativo, in ordine cronologico, di fornire una *spiegazione unicausale della criminalità*. In passato, la "causa" della criminalità è stata individuata in questo o in quel fattore sociologico o medico-biologico: nella povertà, nella razza, nel ceto sociale, nella cultura, nel capitalismo e nelle sue contraddizioni, nel corredo genetico, nelle anomalie cromosomiche, nella conformazione del cranio, nelle esperienze subite nell'infanzia, etc.¹⁸; adesso, la "causa" della criminalità si pretende di individuarla nella conformazione cerebrale e nelle interconnessioni neuronali dell'individuo.

Ma nei confronti di questa teoria – come già nei confronti di tutte le teorie unicausali del passato – risulta ancora valida la critica formulata dalla migliore letteratura criminologica: *"molti approcci, sia sociologici che medico-biologici, si sono proposti come teorie unicausali [della criminalità], nel senso che polarizzano il loro interesse su di un solo fattore, ritenuto necessario e sufficiente a render conto di per sé solo delle cause del comportamento criminale. È questo un atteggiamento che appare opportuno rifiutare, potendo apparire pericoloso per la eccessiva unilateralità delle premesse e delle conseguenze; le teorie unicausali debbono intendersi come contributi particolari da collocarsi nell'ambito di una più ampia visione, che contemporaneamente tenga conto di tutta la costellazione dei fattori, parimenti ritenuti causali, messi in evidenza dalle altre singole teorie. Inevitabilmente una teoria criminologica unicausale finisce per trascurare quegli aspetti che non risultano cruciali dal punto di vista di quella teoria, enfatizzando invece una sola condizione"*¹⁹.

Le teorie unicausali della criminalità – teoria neuroscientifica compresa – insomma, oscurano altri possibili fattori, di natura personale (che spaziano dall'indole all'educazione) e/o ambientale (che a loro volta variano dalla cultura alla società, alla famiglia, alla scuola, etc.), i quali esercitano indubbiamente un ruolo importante, per lo meno in funzione di creazione dell'occasione o di innesco del comportamento criminale: ammesso, quindi, che le neuroscienze riescano davvero a mappare una predisposizione neuronale al crimine, non disponiamo ancora di alcun elemento per affermare se e quando tale predisposizione si trasformerà effettivamente in realizzazione concreta.

2) *In secondo luogo*, è stato giustamente sottolineato come la pretesa di una rifondazione del diritto penale sulla base delle (presunte) evidenze deterministiche fornite dalle neuroscienze incorre in una sorta di *errore categoriale*, vale a dire nella violazione del principio epistemologico secondo cui *"ciascuna scienza è in grado di comprendere solamente l'oggetto di studio al quale i propri strumenti le consentono di accedere"*²⁰.

A causa di un siffatto errore, infatti, i sostenitori di queste proposte rischiano, per un verso, di sopravvalutare o di mal valutare l'effettivo ruolo che le categorie concettuali sotto accusa svolgono nel diritto penale: si è mai vista, ad esempio, una sentenza penale che argomenti una condanna o un'assoluzione ricorrendo al concetto di "libero arbitrio"? Del resto, di tale concetto non v'è traccia non solo nel codice penale, ma nemmeno in molti dei più autorevoli manuali contemporanei di diritto penale.

Per altro verso, tale *errore categoriale* potrebbe condurre ad un ulteriore grave fraintendimento: la (erronea) convinzione che la disciplina penalistica della imputabilità, della colpevolezza, della pena retributiva ricalchi pedissequamente le acquisizioni fornite dalle scienze c.d. dure in tema di libero arbitrio. Ma ciò non corrisponde affatto alla realtà normativa:

¹⁶ Il punto più estremo, e provocatorio, della prospettata rifondazione del diritto penale sulla base delle (presunte) evidenze deterministiche fornite dalle neuroscienze, è forse toccato dagli scritti di G. MERKEL, G. ROTH, *Freiheitsgefühl, Schuld und Strafe*, in K. J. GRÜN, M. FRIEDMAN, G. ROTH (a cura di), *Entmoralisierung des Rechts. Maßstäbe der Hirnforschung für das Strafrecht*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2008, pp. 54-95; W. SINGER, *Ein neues Menschenbild? Gespräche über Hirnforschung*, Frankfurt am Main, 2003, p. 51 ss.; F. J. RUBIA, *El fantasma de la libertad. Datos de la revolución neurocientífica*, Barcellona, Crítica, 2009, p. 148 ss.; infine, H. J. MARKOWITZ, W. SIEFER, *Tatort Gehirn. Auf der Suche nach dem Ursprung des Verbrechens*, Frankfurt-New York, 2007, p. 227 ss.

¹⁷ Per un'illustrazione critica delle opinioni formulate in proposito, v. C. GRANDI, *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi?*, cit., p. 64 ss.; nella letteratura penalistica tedesca, v. K. LÜDERSEN, *Wer determiniert die Hirnforscher?*, in *Frankfurter Rundschau online*, 18.7.2010.

¹⁸ G. L. PONTI, *Compendio di criminologia*, Milano, Raffaello Cortina, 1980, p. 233.

¹⁹ G. L. PONTI, *Compendio di criminologia*, cit., p. 234 s.; più di recente, per alcune annotazioni di sintesi, v. R. BIANCHETTI, *Criminologia postmoderna e vittimologia umanistica: autori e vittime di reato. Un'introduzione al convegno*, in R. BIANCHETTI, L. LUPÀRIA, E. MARIANI (a cura di), *Autori e vittime di reato. Gli obblighi dello Stato alla luce del diritto internazionale*, Milano, Maggioli, 2017, p. 7 ss.

²⁰ W. HASSEMER, *Neurociencias y culpabilidad en derecho penal*, in *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, n. 2, 2011, in [questa pagina web](#), p. 6. Sul punto v. anche ID., *Perché punire è necessario* (2009), trad. it., Bologna, il Mulino, 2012, p. 195 e ss.; in termini simili, I. MERZAGORA BETSOS, *Colpevoli si nasce? Criminologia, determinismo, neuroscienze*, Milano, Raffaello Cortina, 2012, p. 107 ss.

la disciplina positiva di tali istituti, infatti, a ben vedere costituisce l'esito di una *autonoma ri-elaborazione*, da parte della scienza penalistica, del concetto di libero arbitrio²¹. La scienza penalistica, del resto, persegue fini completamente diversi dalla dimostrazione empirico-scientifica dell'esistenza, o meno, del libero arbitrio, mirando, invece, a costruire categorie – quali, appunto, l'imputabilità, la colpevolezza, la pena retributiva – che possano fungere, nel pieno rispetto della dignità umana, da efficaci regolatori del vivere sociale²².

È confortante riscontrare una sostanziale convergenza su tale conclusione da parte sia di un autorevole neuroscienziato che di un grande penalista:

– secondo Gazzaniga, infatti, “*we are all part of a deterministic system that some day, in theory, we will completely understand. Yet the idea of responsibility, a social construct that exists in the rules of a society, does not exist in the neuronal structures of the brain*”²³;

– sulla sponda “penalistica” gli fa eco Zaffaroni, secondo cui “*non è possibile rifiutare il concetto di colpevolezza per l'atto commesso, argomentando che l'autodeterminazione non è verificabile. A parte il fatto che neppure il determinismo lo è, è sicuro che noi interagiamo socialmente come se fossimo autodeterminati*”²⁴.

Insomma: anche se fosse vero, come è stato da taluno sostenuto, che il concetto di “libero arbitrio”, nelle *scienze dure*, possiede la stessa plausibilità empirica del concetto di “unicorno”²⁵, nelle *scienze sociali* – scienza penale *in primis* – ciò non ha impedito a tale concetto di stimolare la costruzione di regole sociali, valide e utili ... allo stesso modo in cui il concetto di “unicorno” – smentito dalle scienze dure – è stato ciò nondimeno capace di ispirare, in ogni forma artistica, un'ampia e pregevole produzione.

3) *In terzo luogo*, e infine, a rinforzo delle critiche appena formulate, occorre considerare che, almeno al momento attuale, le acquisizioni dei neuroscienziati non giustificano alcun cambiamento nella legge penale²⁶, obbiettivo che peraltro, a nostro avviso, la comunità neuroscientifica nemmeno si pone, puntando invece essa solo a mettere a disposizione del diritto penale metodi e tecniche atti a meglio valutare aspetti come l'imputabilità, la pericolosità sociale, la eventuale falsità delle dichiarazioni processuali²⁷.

Si pensi proprio alla (presunta) dimostrazione neuroscientifica dell'inesistenza del libero arbitrio: si pretende di desumere tale dimostrazione da esperimenti e test, che in realtà riguardano solo singoli atti motori estremamente elementari, come schiacciare un tasto, mentre i

²¹ La scienza penale procede, del resto, spesso a rielaborare in via autonoma – con i *propri* strumenti e in vista delle *proprie* finalità – concetti provenienti dalle scienze “dure”: si pensi solo alle concezioni “penalmente rilevanti” di causa, pericolo, malattia, le quali non coincidono specularmente con quelle predisposte dalla fisica, dalla chimica, dalla biologia, etc. Sulla autonoma rielaborazione, in sede penale, del concetto di “causalità”, v. F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, ristampa, Milano, Giuffrè, 1990, p. 71 ss., nonché L. MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*, Milano, Giuffrè, 2007; sulla autonoma rielaborazione, in sede penale, del concetto di “pericolo”, v. F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Milano, Giuffrè, 1994; infine, sulla autonoma rielaborazione, in sede penale, del concetto di malattia, sia consentito rinviare a F. BASILE, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, Tomo III, Padova, Cedam, 2015, p. 28 e, con specifico riferimento all'infermità mentale, M. BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Milano, Giuffrè, 1990.

²² Sul punto, K. LÜDERSEN, *Wer determiniert die Hirnforscher?*, cit. In una prospettiva più generale, v. P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003, p. 14: “*il diritto organizza il sociale, mette ordine nella rissa incomposta che ribolle in seno alla società, è innanzi tutto ordinamento*”. Risulta interessante, sul punto, anche una riflessione sviluppata di recente dalla Cassazione, impegnata a tratteggiare la linea di confine tra dolo eventuale e colpa cosciente: “*Noi non sappiamo esattamente cosa sia la volontà: la psicologia e le neuroscienze hanno fino ad ora fornito informazioni e valutazioni incerte, discusse, allusive. Tuttavia, la comune esperienza interiore ci indica in modo sicuro che nella nostra vita quotidiana sviluppiamo continuamente processi decisionali, spesso essenziali per la soluzione di cruciali contingenze esistenziali: il pensiero elaborante, motivato da un obiettivo, che si risolve in intenzione, volontà*”, Cass., Sez. Unite, 24 aprile 2014 (dep. 18 settembre 2014), n. 38343, par. 50 della “motivazione in diritto” (si tratta della sentenza relativa al tragico incendio nello stabilimento di Torino della ThyssenKrupp).

²³ Sul punto, v. M. S. GAZZANIGA, *The ethical brain*, New York/Washington DC, Dana Press, 2005; in particolare, sul ruolo del cervello nelle relazioni sociali, v. l'articolo-bersaglio di F. EMILIANI, B. M. MAZZARA, *Dalla naturalizzazione delle scienze umane alla naturalità dell'ovvio. Le ragioni sociali per le quali la mente non è il cervello*, in *Giornale Italiano di Psicologia*, 2015, vol. 42, nn. 1-2, pp. 31-56, e il relativo commento di G. BERLUCCHI, S. M. AGLIOTTI, *Le ragioni per le quali non c'è mente sociale senza cervello sociale*, *ivi*, pp. 77-82.

²⁴ E. R. ZAFFARONI, *Colpevolezza e vulnerabilità*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2003, p. 347.

²⁵ W. PRINZ, *Kritik des freien Willens: Bemerkungen über eine soziale Institution*, in *Psychologische Rundschau*, 2004, vol. 55, n. 4, p. 198 ss.

²⁶ K. LÜDERSEN, *Wer determiniert die Hirnforscher?*, cit. Sul punto, v. altresì C. GRANDI, *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi?*, cit., p. 76, il quale, all'esito di un'accurata analisi del dibattito in corso nella dottrina penalistica europea così conclude: “*posto che secondo tutte le tesi ora illustrate le recenti investigazioni scientifiche sul cervello non sono in grado di fornire una prova inconfutabile sull'origine deterministica delle azioni umane, la presunzione penalistica secondo cui ogni persona sana di mente è dotata della capacità di autodeterminarsi responsabilmente per ora non risulta smentita; al contrario, secoli di investigazione della scienza psicologica e delle scienze sociali, quali l'antropologia e la sociologia, dimostrerebbero l'esatto contrario, confermando la peculiarità dell'agire umano rispetto ai fenomeni naturali e ai comportamenti animali. In definitiva, non sussistono ragioni sufficienti per stravolgere gli istituti della colpevolezza e della imputabilità così come vengono costruiti a livello sociale, ancor prima che giuridico, nell'epoca contemporanea*”.

²⁷ Cfr. S. J. MORSE, *The Neuroscientific Challenges to Criminal Responsibility*, in A. SANTOSUOSSO (a cura di), *Le neuroscienze e il diritto*, Pavia, Ibis, 2009, p. 93 ss., nonché, volendo, tra i contributi scritti a quattro mani da neuroscienziati e penalisti, G. VALLAR, F. BASILE, *Diritto penale e neuroscienze*, cit., pp. 799-806.

comportamenti penalmente rilevanti sono di solito ben più complessi ed elaborati, e la differenza – in termini di correlati neurali – tra azioni elementari e azioni complesse, è grande e per nulla trascurabile²⁸.

In conclusione, per tutti i motivi suddetti, pare senz'altro condivisibile l'opinione di quanti ritengono non necessaria, e nemmeno auspicabile, una rifondazione del diritto penale su basi neuroscientifiche²⁹.

4.

Una “collaborazione” delle neuroscienze al diritto penale?

Se, per come argomentato nel precedente paragrafo, le attuali acquisizioni neuroscientifiche non comportano, almeno per ora, né la necessità, né l'opportunità di modificare i capisaldi del diritto penale, ciò non significa che si debba escludere *a priori* qualsiasi possibilità di dialogo e di collaborazione tra neuroscienze, da una parte, e diritto e processo penale, dall'altra. Spostandoci da una prospettiva teorica ad una più pragmatica ed operativa, resta, infatti, ancora da verificare se le neuroscienze possano fornire un qualche contributo in fase di accertamento di alcuni elementi del reato o, comunque, di alcuni presupposti processuali.

In proposito, secondo quanto di recente rilevato da Sartori e Zangrossi, “*con l'avvento delle moderne neuroscienze forensi esistono i presupposti per una innovazione vera del processo, non attraverso una sostituzione, ma mediante un arricchimento della tradizionale valutazione psichiatrico-forense, allo scopo di aumentarne oggettività e accuratezza. Il dato neuroscientifico, infatti, consente di aggiungere informazioni essenziali per la comprensione del caso, non disponibili con l'approccio tradizionale*”³⁰.

Si tratta di un'affermazione che anche chi scrive condivide, sia pur con qualche cautela e con una necessaria precisazione preliminare: quando Sartori e Zangrossi parlano di “tradizionale valutazione psichiatrico-forense”, si riferiscono, in realtà, alla valutazione basata sul colloquio clinico, che è caratterizzato da un elevato tasso di soggettività, e su test proiettivi come il Rorschach³¹. Ma questo è un approccio che la neuropsicologia, che indaga gli effetti comportamentali di lesioni o disfunzioni cerebrali e li correla con esse, ha messo da parte ormai da decenni. Vale la pena di ricordare qui che lo stesso Ennio De Renzi, il fondatore della neuropsicologia in Italia, iniziò le sue ricerche proprio con il test di Rorschach, subito abbandonandolo in quanto fonte di dati poco attendibili e scarsamente riproducibili³².

Non si tratta, quindi, di creare una “neurogiurisprudenza” o una “neurocriminologia”³³, aggiungendole al catalogo delle “neuro-manie”³⁴, ma di utilizzare al meglio, anche nell'ambito del diritto e del processo penale, le nuove conoscenze offerte dalle neuroscienze cliniche³⁵.

²⁸ Sul punto, con ampi rinvii alla letteratura specialistica, v. G. SARTORI, A. ZANGROSSI, *Neuroscienze Forensi*, cit., p. 702; F. PAGLIERI, *La struttura temporale dell'azione intenzionale: illusione della volontà o illusione delle neuroscienze?*, in *Sistemi Intelligenti*, 2010, p. 347-356. Si sofferma sulla cronometria della consapevolezza della pianificazione dell'azione e della sua esecuzione, F. CARUANA, *Due problemi sull'utilizzo delle neuroscienze in giurisprudenza*, in *Sistemi Intelligenti*, 22(2), 2010, pp. 337-346.

²⁹ Oltre agli Autori citati nelle note precedenti, v. B. J. FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho Penal y Neurociencias. ¿Una relación tormentosa?*, in *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, n. 2, 2011, p. 48; C. JÄGER, *Libre determinación de la voluta, causalidad y determinación a la luz de la moderna investigación del cerebro*, in E. DEMETRIO CRESPO, M. MAROTO CALATAYUD (a cura di), *Neurociencias y derecho penal*, Buenos Aires, 2013, p. 61 ss.; T. HILLENKAMP, *Strafrecht ohne Willensfreiheit? Eine Antwort auf die Hirnforschung*, in *Juristen Zeitung*, 2005, p. 313 ss.; M. BERTOLINO, *L'imputabilità penale tra cervello e mente*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2012, p. 925 ss., nonché, dal fronte delle scienze dure, S. J. MORSE, *The neuroscientific Challenges to Criminal Responsibility*, cit., p. 93 ss. Infine, volendo, G. VALLAR - F. BASILE, *Diritto penale e neuroscienze*, cit., p. 804 ss.

³⁰ G. SARTORI, A. ZANGROSSI, *Neuroscienze Forensi*, cit., p. 707.

³¹ Sul test di Rorschach, v. S. DI NUOVO, M. CUFFARO, *Il Rorschach in pratica: strumenti per la psicologia clinica e l'ambito giuridico*, Milano, Franco Angeli, 2004.

³² In argomento, v. F. BOLLER, G. GAINOTTI, D. GROSSI, G. VALLAR, *History of Italian neuropsychology*, in W. B. BARR, L. A. BIELAUSKAS (a cura di), *The Oxford handbook of the history of clinical neuropsychology*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 1-59; inoltre, v. E. DE RENZI, Ennio de Renzi, in L. R. SQUIRE (a cura di), *The history of neuroscience in autobiography*, pp. 227-269, Amsterdam, Elsevier Academic Press, 2006.

³³ Sul punto, v. A. FORZA, *La psicologia nel processo penale: pratica forense e strategie*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 3 ss.

³⁴ Per una prima discussione critica dell'approccio “neuro-ecceetera”, v. P. LEGRENZI, C. UMILTÀ, *Neuro-mania. Il cervello non spiega chi siamo*, Bologna, il Mulino, 2009.

³⁵ Col termine “neuroscienze cliniche” ci riferiamo qui alla neuropsicologia, alla neurologia comportamentale, alla neurologia clinica, alla neuroradiologia, alla neurofisiologia clinica, alla neurogenetica, ovvero a tutte quelle discipline “neuro-”, che consentono di stabilire la presenza di una lesione o disfunzione cerebrale, la sua causa e gli eventuali deficit (sensorimotori e comportamentali) associati. In argomento, volendo, anche per ulteriori riferimenti, v. G. VALLAR, C. PAPAGNO, *Manuale di neuropsicologia. Clinica ed elementi di riabilitazione*, cit.

4.1. “Collaborazione” in sede di accertamento della in-imputabilità.

Ebbene, le neuroscienze potrebbero fornire prima di tutto un contributo al diritto e al processo penale in sede di elaborazione di perizie e consulenze in tema di *in-imputabilità* o *ridotta imputabilità per infermità di mente* (art. 88 e 89 cod. pen.): le neuroscienze, e le neuroscienze cliniche in particolare, infatti – grazie alla loro capacità di evidenziare comportamenti o prestazioni classificati come “patologici”, associati a lesioni o disfunzioni cerebrali³⁶ – potrebbero senz’altro consentire al giudice un più preciso apprezzamento della capacità di intendere e di volere dell’imputato³⁷.

Come, infatti, rilevato anche dal Comitato Nazionale di Bioetica in un parere del 2010, “considerando la scoperta di aree cerebrali correlate con lo sviluppo di condotte impulsive e violente, va riconosciuto che le neuroscienze possono aiutare a scoprire disfunzioni cerebrali che ostacolano l’adempimento di certe funzioni o che favoriscono esiti disturbati”³⁸: ebbene, la scoperta di tali disfunzioni, se in sede medica potrebbe suggerire l’adozione di determinate terapie, in sede processual-penale potrebbe fondare una valutazione di assenza di imputabilità o di sua riduzione³⁹.

Occorre, tuttavia, subito rimarcare che, in sede processual-penalistica, il dato rilevato dall’indagine neuroscientifica non può di per sé condurre, in via diretta e automatica, al riconoscimento della non imputabilità o di una sua riduzione. Tale dato va, invece, *interpretato*, prima dal neuro-specialista (ad esempio, dal neurologo comportamentale o dal neuropsicologo clinico) e poi dal giudice⁴⁰, che ne deve apprezzare, anche sulla scorta del confronto con le altre risultanze processuali, il nesso eziologico con il fatto di reato commesso, nel senso che il giudice deve verificare se l’infermità (in ipotesi, rilevata solo grazie alle innovative tecniche neuroscientifiche) abbia svolto un ruolo a tal punto determinante rispetto alla commissione del reato che questo si manifesti come prodotto, come effetto immediato dell’infermità⁴¹.

A livello di giurisprudenza di merito sono note e discusse nella letteratura penalistica almeno due sentenze in cui il ricorso al sapere neuroscientifico ha contribuito – sia pur non in via esclusiva, bensì in funzione di completamento di indagini peritali condotte con le tecniche classiche – al riconoscimento di una ridotta imputabilità ai sensi dell’art. 89 cod. pen.

1) Il primo caso riguarda un omicidio commesso ad Udine da un cittadino algerino⁴², che già in passato – a causa di un’importante patologia di stampo psicotico, aggravata dallo straniamento provocato dal contrasto tra la sua fede islamica integralista e la sua cultura tradizionale, da un lato, e il modello comportamentale occidentale con cui si era dovuto rapportare in una città di provincia italiana, dall’altro – era stato in terapia con farmaci neurolettici (terapia da lui unilateralmente interrotta alcuni mesi prima dei fatti in causa). Costui, dopo aver subito un’aggressione da alcuni cittadini sudamericani ed essere stato dagli stessi deriso (lo avevano,

³⁶ Le alterazioni comportamentali o prestazionali sono classificate come “patologiche” – con un rischio di errore statisticamente definito con procedure appropriate, sulle quali non entriamo qui nel dettaglio – con riferimento ai comportamenti e alle prestazioni, misurati quantitativamente mediante test, scale e colloqui strutturati di un numero adeguato di soggetti sani, paragonabili per le variabili socio-demografiche (ad esempio, età, sesso, scolarità) al soggetto in esame; sul punto, v. E. CAPITANI, M. LAIACONA, *The evaluation of experimental data in neuropsychology*, in G. DENES, L. PIZZAMIGLIO (a cura di), *Handbook of clinical and experimental neuropsychology*, Hove, Sussex, Psychology Press, 1999, pp. 57-68.

³⁷ Sottolinea questo aspetto C. GRANDI, *Sui rapporti tra neuroscienze e diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2014, p. 1289.

³⁸ *Neuroscienze ed esperimenti sull’uomo: osservazioni bioetiche*, parere del Comitato Nazionale di Bioetica, 17 dicembre 2010, pag. 9.

³⁹ In questa sede può essere interessante menzionare un recente studio condotto su sessantasei ex-combattenti di un gruppo terrorista paramilitare, all’esito del quale sarebbe emersa una somiglianza tra i deficit nel giudizio morale dei pazienti affetti da demenza fronto-temporale e il pattern osservato nei terroristi, in S. BAEZ, E. HERRERA, A. M. GARCÍA, F. MANES, L. YOUNG, A. IBÁÑEZ, *Outcome-oriented moral evaluation in terrorists*, in *Nature Human Behaviour* 1, 1-8, 2017. Su tale studio v. altresì il commento giornalistico: *I terroristi sono dei dementi?*, in *Pagina 99*, 23-29 giugno 2017, p. 25 (consultabile online in [questa pagina web](#)).

⁴⁰ Evidenziano tale profilo, U. FORNARI, A. PENNATI, *Il metodo scientifico in psichiatria e psicologia forense* (parte 1), in *Brainfactor Cervello e Neuroscienze*, 19 aprile 2011: “La neuropsicologia può offrire un valido aiuto alla ricerca di risposte e alla costruzione di inquadramenti clinici e di procedure valutative più ricche, più articolate e maggiormente fondate sull’obiettività e quindi sull’evidenza dei dati, ma la clinica ancora una volta rimane sovrana nell’interpretazione e nella valutazione degli stessi”.

⁴¹ Fondamentale sul punto, M. BERTOLINO, *Prove neuro-psicologiche di verità penale*, in *Dir. pen. cont.*, 8 gennaio 2013, p. 17, la quale valorizza in proposito le indicazioni scaturite dalla celebre sentenza Cass., Sez. Unite, 25 gennaio 2005, Raso. Come si legge anche nella sentenza del G.i.p. di Como, su cui ci si soffermerà tra breve (v. *infra*, nota 50), “una volta ottenuto l’ausilio della scienza psichiatrica che individua i requisiti bio-psicologici di una eventuale anomalia mentale, resta al giudice il compito di valutare la rilevanza giuridica dei dati forniti dalla scienza ai fini della rimproverabilità dei fatti commessi al suo autore, sulla base del complesso delle risultanze processuali e della valutazione logica e coordinata di tutte le emergenze”.

⁴² Corte d’Assise di appello di Trieste, 1 ottobre 2009, Bayout, in *Riv. Pen.*, 2010, p. 70 ss., con nota di A. FORZA, *Le neuroscienze entrano nel processo penale*; per ulteriori considerazioni, in parte critiche, su tale sentenza, v. M. BERTOLINO, *Prove neuro-psicologiche*, cit., p. 20.

tra l'altro, chiamato "frocio" a causa del trucco che portava, per motivi presumibilmente religiosi, sugli occhi), era tornato a casa, si era cambiato d'abito e, armatosi di un coltello, si era nuovamente recato nel luogo dell'aggressione e qui aveva accoltellato alle spalle un cittadino colombiano, erroneamente scambiato per uno dei suoi aggressori.

In primo grado, la perizia e le consulenze psichiatriche sulla sua capacità di intendere e di volere avevano fornito esiti in parte divergenti; il giudice aveva infine riconosciuto una parziale incapacità di intendere e di volere, ma non aveva diminuito la pena nella misura massima consentita dall'art. 89 cod. pen. Il giudice d'appello decide, pertanto, di affidare un nuovo incarico peritale, rivolgendosi ad un esperto di neuroscienze molecolari e ad un esperto di neuropsicologia clinica⁴³. Nell'espletamento di tale perizia l'imputato viene, tra l'altro, sottoposto a risonanza magnetica dell'encefalo, la quale, di per sé non rileva segni significativi d'alterazione strutturale. L'imputato viene altresì sottoposto al Test di Stroop⁴⁴, all'esito del quale emerge la sua tendenza (23 casi su 60) a rispondere prima del segnale stabilito nel test "stop signal"⁴⁵; e tale tendenza viene ritenuta dai periti "indicativa di una riduzione dell'inibizione al controllo della risposta motoria"⁴⁶.

Ancor più significative risultano poi le indagini genetiche effettuate dai periti "alla ricerca di polimorfismi genetici significativi per modulare le reazioni a variabili ambientali, fra i quali in particolare per quello che interessa nel caso di specie l'esposizione ad eventi stressanti ed a reagire agli stessi con comportamenti di tipo impulsivo"⁴⁷. Tali indagini avrebbero, infatti, consentito di accertare che "l'imputato risulta possedere, per ciascuno dei polimorfismi esaminati, almeno uno se non tutti e due gli alleli che, in base a numerosi studi internazionali riportati sinora in letteratura, sono stati riscontrati conferire un significativo aumento del rischio di sviluppo di un comportamento aggressivo, impulsivo (socialmente inaccettabile). In particolare, l'essere portatore dell'allele a bassa attività per il gene MAOA (MAOA-L) potrebbe rendere il soggetto maggiormente incline a manifestare aggressività se provocato o escluso socialmente"⁴⁸.

Sulla scorta di tali risultanze peritali, il giudice d'appello conferma la valutazione di parziale incapacità di intendere e di volere, applicando, però, nella misura massima la diminuzione di pena consentita dall'art. 89 cod. pen. A tal proposito nella motivazione della sentenza si legge che "proprio la circostanza emersa nel corso dell'ultima perizia psichiatrica – vale a dire, che determinati geni presenti nel patrimonio cromosomico dell'imputato lo renderebbero particolarmente reattivo in termini di aggressività, e conseguentemente, vulnerabile in presenza di situazioni di stress – induce la corte a rivalutare la decisione [di primo grado, n.d.r.] di non applicare nel massimo la riduzione di pena possibile per il difetto parziale di imputabilità"⁴⁹.

2) Il secondo caso riguarda una vicenda molto più complessa⁵⁰: una donna aveva sequestrato e segregato in una abitazione secondaria della famiglia la propria sorella maggiore,

⁴³ Sul punto, v. A. FORZA, *Le neuroscienze*, cit., p. 75.

⁴⁴ Nello Stroop Color and Word Test si richiede al partecipante di leggere parole (nomi di colori) stampate in colore diverso dal nome scritto (ad esempio, la parola "rosso" stampata in "verde"), oppure di denominare il colore. Rispetto a una situazione di controllo, in cui i nomi dei colori sono stampati in nero, o vi è corrispondenza tra il nome del colore e il colore della stampa, i tempi di lettura sono più lunghi. Il fenomeno riflette il fatto che il paradigma contiene due dimensioni, una rilevante (la parola è stampata in "verde"), e una irrilevante (la parola è "rosso"), rispetto al compito, ad esempio, di denominare il colore; la dimensione irrilevante suscita una risposta automatica, che deve essere inibita; questo comporta un costo per il sistema cognitivo, che si manifesta come aumento dei tempi di risposta; in J. R. STROOP, *Studies of interference in serial verbal reactions*, in *Journal of Experimental Psychology*, 18(6), 1935, pp. 643–662. In argomento, con ampi rinvii alla letteratura specialistica, v. C. M. MACLEOD, *Half a century of research on the Stroop effect: an integrative review*, in *Psychological Bulletin*, 109(2), 1991, pp. 163–203. Sull'utilizzo dei test di Stroop, nelle loro diverse varianti, nell'ambito della neuropsicologia clinica per valutare le funzioni esecutive o "frontali", v. E. GOLDBERG, D. BOUGAKOV, *Neuropsychologic assessment of frontal lobe dysfunction*, in *Psychiatric Clinics of North America*, 28(3), 2005, pp. 567–580. Date queste caratteristiche del test di Stroop, suscita talune perplessità la pretesa di trarre (come si è tentato di fare nel caso di specie) dai risultati del test medesimo conclusioni in ordine ad aspetti più generali del controllo del comportamento.

⁴⁵ Qui il riferimento è alla teoria dell'inibizione del pensiero e dell'azione di G. D. LOGAN, W. B. COWAN, *On the ability to inhibit thought and action: a theory of an act of control*, in *Psychological Review*, 91(3), 1984, pp. 295–327.

⁴⁶ Corte d'Assise d'appello di Trieste, 1 ottobre 2009, Bayout, cit. Va, peraltro, criticamente rilevato che – considerate le caratteristiche del test di Stroop (v. *supra*, nota 44) – la pretesa di desumere dai risultati del test medesimo valutazioni più generali in ordine alle capacità (del soggetto sottoposto a test) di controllo del comportamento, come è avvenuto nel caso che si sta discutendo, rischia di rivelarsi azzardata.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ G.i.p. di Como, 20 maggio 2011, Albertani, est. Lo Gatto, in *Dir. pen. cont.*, 15 febbraio 2012, con nota di M. T. COLLICA, *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*. Si tratta di un caso che ha subito suscitato l'attenzione della dottrina penalistica. In argomento, si vedano altresì le osservazioni di A. CORDA, *Riflessioni sul rapporto tra neuroscienze e imputabilità nel prisma della dimensione processuale*, in *Criminalia*, 2012, p. 509 ss.; D. TERRACINA, *Neuroscienze: lo studio della morfologia del cervello determinante nello stabilire il vizio parziale di mente*, in *Guida al diritto*, n. 5, 2012, p. 63 ss.

l'aveva costretta ad assumere psicofarmaci – che l'avevano indotta in uno stato di confusione mentale e di incapacità reattiva –, e l'aveva quindi uccisa, bruciandone poi il cadavere. La stessa donna, in precedenza, aveva tentato di uccidere i propri genitori, cercando di far esplodere la loro auto, aveva somministrato medicinali al padre che ne avevano provocato l'intossicazione con conseguente necessità di ricovero ospedaliero e, successivamente all'omicidio della sorella, aveva tentato di strangolare la madre con una cintura: il tutto per perseguire le proprie mire economiche sul patrimonio familiare.

All'esito del giudizio di primo grado, la donna è stata condannata per i delitti a lei ascritti, previo riconoscimento, tuttavia, a suo favore, di una ridotta imputabilità a causa di un vizio parziale di mente. La decisione è stata fondata, oltre che su accertamenti psichiatrici tradizionali (colloqui clinici, test psicodiagnostici, esami neuropsicologici), anche su indagini legate alle neuroscienze cognitive e alla genetica comportamentale, effettuate dai consulenti tecnici della difesa. In particolare, l'imputata era stata sottoposta ad un esame della struttura cerebrale ad alta risoluzione (con tecnica Voxel-Based Morphometry⁵¹) al fine di analizzare la morfologia e il volume della corteccia cerebrale, all'esito del quale sarebbero emerse “alterazioni nella densità della sostanza grigia, in alcune zone chiave del cervello, in particolare nel cingolo anteriore”, vale a dire “un'area del cervello che ha la funzione di inibire il comportamento automatico e sostituirlo con un altro comportamento e che è coinvolta anche nei processi che regolano la menzogna, oltre che nei processi di suggestionabilità ed autosuggestionabilità e nella regolazione delle azioni aggressive”⁵². L'imputata venne altresì sottoposta ad accertamenti genetici, dai quali sarebbe emerso che la stessa “possiede tre alleli sfavorevoli, ovvero alleli che conferiscono un significativo aumento del rischio di sviluppo di comportamento aggressivo, impulsivo”⁵³.

A differenza dei due casi appena riferiti, in altri due casi, il ricorso a perizie/consulenze neuroscientifiche non consentiva, invece, al giudice di giungere a conclusioni diverse da quelle già raggiunte sulla scorta di perizie/consulenze sullo stato mentale dell'imputato, svolte con le tecniche tradizionali.

3) Uno di questi due ulteriori casi è giunto anche all'attenzione della Corte di Cassazione, ed anzi ne abbiamo notizia solo dalla lettura della relativa sentenza di legittimità⁵⁴. Nella specie, si trattava dell'omicidio commesso da una giovane donna, che versava in uno stato di depressione *post partum*, ai danni della propria figlioletta di sei mesi, fatta precipitare dal balcone. Nel procedimento, l'unica questione veramente dibattuta atteneva al tema della capacità di intendere e di volere, che aveva formato oggetto di una perizia d'ufficio, eseguita con tecniche tradizionali, che aveva concluso per “un restringimento del campo della coscienza che ha ridotto le capacità di controllo degli impulsi aggressivi”. Tali conclusioni – benché contrastate dal consulente della difesa che, invece, riteneva la donna totalmente incapace – erano state accolte nella sentenza di primo grado, che condannava la donna, previo riconoscimento di una sua ridotta imputabilità (art. 89 cod.pen.).

In appello la difesa aveva, pertanto, prodotto una nuova consulenza, relativa alla valutazione della memoria autobiografica dell'imputata riguardo all'antefatto del gesto omicida e alla dinamica del delitto, eseguita tramite somministrazione dei test aIAT e TARA.

L'*Autobiographical Implicit Association Test* (aIAT) è una variante dell'*Implicit Association Test*⁵⁵ e consiste essenzialmente in un programma di categorizzazione computerizzato, attraverso il quale si calcolano i tempi di reazione (ad esempio, il tempo occorrente per schiacciare

⁵¹ J. ASHBURNER, K. J. FRISTON, *Voxel-Based Morphometry—The Methods*, in *NeuroImage*, 11(6), 2000, pp. 805–821.

⁵² G.i.p. di Como, 20 maggio 2011, Albertani, cit.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ Cass., Sez. I, 13 novembre 2013 (dep. 8 settembre 2014), n. 37244, A.D., in *Leggi d'Italia*.

⁵⁵ Sul punto, v. A. G. GREENWALD, D. E. MCGHEE, J. L. K. SCHWARTZ, *Measuring individual differences in implicit cognition: the implicit association test*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, 74(6), 1998, pp. 1464–1480.

un tasto) a frasi-stimolo, proposte in un blocco combinato⁵⁶. Sulla base dell'analisi dei tempi di reazione si mira, infatti, a verificare l'esistenza di una determinata informazione (implicita-inconscia, da cui il nome del test) nel soggetto esaminato: informazione, che può essere di carattere "mnestico" (quando il test viene utilizzato per sondare l'esistenza di una traccia mnestica) o di carattere "disposizionale" (quando il test è utilizzato per sondare atteggiamenti e disposizioni soggettive)⁵⁷.

Il TARA (*Timed Antagonistic Response Alethiometer*) è un test di classificazione "vero/falso" computerizzato. Il test crea una situazione in cui i rispondenti "onesti" sono in grado di completare una serie di classificazioni compatibili, mentre i rispondenti "disonesti" sono obbligati a completare classificazioni incompatibili (il che costituisce un compito più difficile, che richiede quindi più tempo)⁵⁸.

Ebbene, secondo la Corte d'Appello la nuova consulenza della difesa, elaborata servendosi dei test aIAT e TARA, poggiava su assunti *non pacifici* nella comunità scientifica, e i test utilizzati non potevano essere ritenuti più affidabili rispetto alle metodiche tradizionali Rorschach e MMP, che rimanevano in ogni caso come uno dei criteri di valutazione da integrare con i colloqui con l'interessato e i terzi, con l'esame della documentazione sanitaria e con la valutazione del materiale probatorio. Ad ogni modo, poi, gli esiti dei test aIAT e TARA non differivano da quanto osservato dal perito d'ufficio, all'esito della valutazione di test, verbali di interrogatorio e colloqui con la perizianda e con il suo compagno, *"poiché, per detto perito e per i consulenti della difesa, il vuoto di memoria dell'imputata aveva riguardato solo gli attimi relativi all'azione omicida, mentre i risultati dei test riproponevano la questione di fondo afferente alla configurabilità dello stato mentale come totale o parziale infermità di mente, che, tuttavia, già il consulente di parte aveva qualificato in termini di mancanza di piena consapevolezza, che, supponendo una certa consapevolezza non piena, era equivalente, sul piano tecnico-giuridico, alla seminfermità mentale"*.

I test IAT e TARA, quindi, ad avviso della Corte d'Appello, *"non aggiungevano specifici elementi di conoscenza a quanto evidenziato dal primo giudice, che anzi convalidavano, poiché la grave destabilizzazione della capacità di volere in dipendenza del quadro di grave disturbo dell'umore, incidente sulla «tenuta dei fisiologici meccanismi di regolazione - controllo - evitamento delle scariche impulsivo-aggressive», indicata dal consulente di parte, corrispondeva a quanto rilevato dal perito circa la «perdita dei meccanismi di controllo dell'io». Tale perdita, tuttavia, era stata parziale e non espressiva di una situazione dissociativa o psicotica, avuto riguardo alla non emergenza nel vissuto precedente dell'imputata, pur sottoposta a protocolli terapeutici, di episodi psicotici, di alterazioni dell'esame della realtà, o di altri sintomi evocativi di tali disturbi, e alla specifica analisi del racconto della stessa e della condotta tenuta nei momenti successivi e nella sera del fatto"*⁵⁹.

⁵⁶ Lo aIAT comprende stimoli appartenenti a quattro categorie: due sono categorie logiche, rappresentate da frasi sempre vere (ad esempio, "Sono di fronte al computer") o sempre false (ad esempio, "Sto scalando una montagna") per il rispondente; le altre due categorie sono versioni alternative di un evento autobiografico (ad esempio, "Per Natale sono andato a Parigi" o "Per Natale sono andato a New York"), una sola delle quali è vera per il rispondente. L'evento autobiografico vero viene identificato in quanto, in un blocco di risposte combinato, dà luogo a tempi di risposta più veloci, laddove le risposte vengono espresse attraverso un atto motorio, ad esempio schiacciare il tasto di sinistra. Nella versione atta a valutare le intenzioni le frasi sono, ad esempio: "Ho in programma di dormire a Padova" vs. "Ho in programma di dormire a Milano" (pianificazione nel breve periodo), e "Ho in programma di diventare un neuropsicologo" vs. "Ho in programma di diventare un avvocato" (pianificazione della carriera nel lungo periodo). Per ciascuna coppia, una frase rispecchia intenzioni vere: ad esempio, il partecipante ha in programma di dormire a Padova e non a Milano e di diventare un neuropsicologo e non un avvocato: anche per ulteriori riferimenti, v. S. AGOSTA, G. SARTORI, *The autobiographical LAT: A review*, in *Frontiers in Psychology*, 2013, p. 519 ss. (online in [questa pagina web](#)).

⁵⁷ Così L. Sammicheli, G. Sartori, *Accertamenti tecnici*, cit., p. 11 s. In letteratura, tuttavia, è stato evidenziato che i soggetti sottoposti al test – se opportunamente istruiti – possono alterare strategicamente la propria prestazione: B. VERSCHUERE, V. PRATI, J. DE HOUWER, *Cheating the lie detector: Faking in the autobiographical implicit association test: Research Report*, in *Psychological Science*, 20(4), 2009, pp. 410–413. Sul grado di affidabilità del test, con varietà di posizioni, v. X. HU, J. P. ROSENFELD, G. V. BODENHAUSEN, *Combating automatic autobiographical associations: The effect of instruction and training in strategically concealing information in the autobiographical Implicit Association Test*, in *Psychological Science*, 23(10), 2012, pp. 1079–1085. S. AGOSTA, V. GHIRARDI, C. ZOGMAISTER, U. CASTIELLO, G. SARTORI, *Detecting fakers of the autobiographical LAT*, in *Applied Cognitive Psychology*, 25, 2011, pp. 299–306; S. AGOSTA, G. SARTORI, *The autobiographical LAT: A review*, cit., p. 524.

⁵⁸ Gli stimoli del TARA sono affermazioni di due tipi: di "controllo", su temi irrilevanti; di "bersaglio" sul rispondente stesso, che le deve classificare come vere o false, con due chiavi di risposta (destra e sinistra). In blocchi diversi, il rispondente classifica, secondo le istruzioni, stimoli di controllo (blocco #1), bersaglio (blocco #2), bersaglio e di controllo (blocco #3; nei blocchi #1-3- risposta "onesta": sinistra falso/destra vero), bersaglio (blocco #4-risposta "disonesta": sinistra vero/destra falso); il blocco #5 combina i blocchi #1 e #4, richiedendo di utilizzare la chiave destra per stimoli di controllo veri e bersaglio falsi e la chiave di sinistra per stimoli di controllo falsi e bersaglio veri. Quindi nel blocco #5 il partecipante classificherà "onestamente" stimoli di controllo e "disonestamente" stimoli bersaglio, con un aumento dei tempi di reazione. In argomento, v. A. P. GREGG, *When vying reveals lying: the timed antagonistic response Maz*, in *Applied Cognitive Psychology*, 21(5), 2007, pp. 621–647.

⁵⁹ Cass., Sez. I, 13 novembre 2013, cit.

4) In un quarto caso⁶⁰, infine, il ricorso alle tecniche neuroscientifiche, di cui si erano avvalsi i consulenti della difesa, non faceva emergere, ad avviso del giudice, elementi sui quali fondare una valutazione di carente o ridotta capacità di intendere e di volere. Nella specie, il pediatra in servizio presso l'ambulatorio di un asilo per bambini, veniva condannato per violenza sessuale aggravata (artt. 609 *bis* co. 1 e 609 *ter* co. 1 n. 1 e co. 2, cod. pen.) e produzione di materiale pedopornografico (art. 600 *ter* cod. pen.), in quanto risultava accertato che durante plurime visite alle bambine dell'asilo commetteva abusi sessuali sulle stesse, riprendendo, con la sua macchina fotografica digitale, le relative scene.

Durante il procedimento, i consulenti della difesa sottoponevano l'imputato a risonanza magnetica cerebrale, la quale evidenziava la presenza di una grave patologia tumorale (*cordoma clivus*), successivamente asportata in via chirurgica, la quale – sempre a parere dei consulenti – avrebbe esercitato una pressione sul lobo frontale, in tal modo determinando causalmente l'orientamento pedofilo dell'imputato. Sempre dai consulenti della difesa, inoltre, l'imputato era sottoposto all'esame del ricordo autobiografico (aIAT)⁶¹, all'esito del quale sarebbe risultato che l'insorgenza nell'imputato del desiderio sessuale verso i minori sarebbe coincisa, dal punto di vista cronologico, con il periodo in cui il tumore aveva esercitato la sua massima pressione sul lobo frontale. Sulla scorta, tuttavia, della perizia d'ufficio, il giudice esclude la rilevanza di tali emergenze, nonché la stessa affidabilità del test aIAT, ai fini della valutazione della capacità di intendere e di volere dell'imputato⁶².

4.2.

“Collaborazione” in sede di accertamento della immaturità psichica del minore ultraquattordicenne.

Quanto sopra detto vale in larga parte anche a proposito di perizie e consulenze rivolte ad accertare la *maturità del minore* di età compresa fra i 14 e i 18 anni (art. 98 cod. pen.): le neuroscienze cliniche potrebbero, infatti, evidenziare immaturità o alterazioni dello sviluppo cerebrale del minore, e condurre quindi – previa “interpretazione”, da parte del giudice, del dato neurologico nei termini innanzi illustrati – ad escludere la imputabilità del minore ultraquattordicenne, per l'appunto per insufficiente maturità⁶³.

L'utilizzo di tecniche neuroscientifiche potrebbe servire anche a dimostrare, in relazione a singoli casi di specie, che il cervello di *quel* minore, paragonato con quello di soggetti simili per età e variabili socioculturali – mediante adeguate procedure di analisi statistica –, presenta una particolare alterazione o ritardo nella sua evoluzione, e che, quindi, *quel* soggetto, che ha avuto uno sviluppo ridotto o comunque divergente da quello normale, è “immaturo”, e lo era, altresì, al momento della commissione del fatto di reato⁶⁴.

A livello giurisprudenziale, tuttavia, a chi scrive non sono note sentenze in cui perizie o consulenze, fondate (anche) su analisi neuroscientifiche, abbiano finora effettivamente con-

⁶⁰ Trib. Venezia, ud. 24 gennaio 2013 (dep. 9 aprile 2013), Mattiello, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2013, p. 1905 ss., con nota di L. ALGERI, *Accertamenti neuroscientifici, infermità mentale e credibilità delle dichiarazioni*.

⁶¹ V. *supra*, note 55-57 e testo corrispondente.

⁶² Trib. Venezia, ud. 24 gennaio 2013, Mattiello, cit. La sentenza d'appello ha in larga parte confermato il giudizio di primo grado; Corte d'Appello di Venezia, ud. 16 dicembre 2013 (dep. 3 marzo 2014), n. 1944, Mattiello, inedita, in C. GRANDI, *Neuroscienze e responsabilità penale*, cit., p. 224, cui si rinvia per ulteriori dettagli su tale vicenda giudiziaria.

⁶³ Per un approfondimento sul concetto di immaturità, cfr., *ex plurimis*, G. PONTI, P. GALLINA FIORENTINI, voce “Immaturità”, in *Dig. disc. pen.*, VI, 1992, p. 146 ss.; U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, Torino, Utet Giuridica, 2008, pp. 618-631; per la possibilità di un accertamento della immaturità attraverso l'ausilio delle tecniche neuroscientifiche, v. G. GULOTTA, G. ZARA, *La neuropsicologia criminale e dell'imputabilità minorile*, in A. BIANCHI, G. GULOTTA, G. SARTORI (a cura di), *Manuale di neuroscienze forensi*, cit., p. 109 ss.

⁶⁴ M. BERTOLINO, *Prove neuro-psicologiche*, cit., p. 30. Incidentalmente, segnaliamo che la Corte Suprema degli Stati Uniti almeno in due sentenze ha compiuto scelte “storiche” inerenti il trattamento penale dei minori basandosi anche sulle acquisizioni neuroscientifiche circa l'evoluzione cerebrale dei minori stessi:

a) *Roper v. Simmons* del 2005, con cui viene dichiarata illegittima la pena capitale per tutti i delitti commessi dai minori di anni diciotto (su tale sentenza, e sul riferimento solo indiretto alle neuroscienze ivi contenuto, v. J. ROSEN, *The Brain on the stand*, in NYT magazine, 11 marzo 2007, consultabile in [questa pagina web](#));

b) *Miller v. Alabama* del 2012, con cui viene dichiarata illegittima la reclusione a vita senza possibilità di parole per i minori di anni diciotto (su tale sentenza e sul rilievo esplicito in essa conferito alle neuroscienze, v. N. GERTNER, *Miller v. Alabama: What It Is, What It May Be, and What It Is Not*, in *Missouri Law Review*, 78(4), pp. 1-12, 2013, consultabile online anche in [questa pagina web](#)).

tribuito ad una valutazione dell'im-maturità del minore imputato⁶⁵.

4.3.

“Collaborazione” in sede di accertamento della pericolosità sociale.

Un terzo ambito di possibile proficua collaborazione tra diritto penale e neuroscienze potrebbe essere costituito dall'accertamento della *pericolosità sociale* (vale a dire, ai sensi dell'art. 203 cod. pen., la probabilità che l'autore di un fatto di reato commetta in futuro nuovi reati) ai fini dell'applicazione di misure di sicurezza, se è vero che, “*grazie alle tecniche offerte dalle neuroscienze, si riuscirebbe probabilmente a fornire al magistrato un'analisi del rischio di recidiva basata su strumenti specifici in grado di ampliare e integrare il giudizio clinico, fondati scientificamente*”⁶⁶. Se si ammette, infatti, che le tecniche neuroscientifiche sono davvero in grado di misurare la capacità di autocontrollo o di dar vita a reazioni aggressive, allora esse “*dovrebbero avere una certa utilità anche in relazione alla valutazione della pericolosità sociale del soggetto*”⁶⁷.

A livello di applicazioni giurisprudenziali, segnaliamo che le già ricordate sentenze di Trieste⁶⁸ e di Como⁶⁹ – dopo aver riconosciuto una diminuita capacità di intendere e di volere dei due rispettivi imputati in forza, tra l'altro, delle risultanze fornite dalle indagini neuroscientifiche espletate – basandosi ancora una volta su tali risultanze hanno, altresì, fondato la valutazione di pericolosità sociale degli imputati.

4.4.

“Collaborazione” in sede di verifica della attendibilità delle dichiarazioni rese nel processo.

Ancora: ammesso che le neuroscienze davvero dispongano, o siano in grado di apprestare in un prossimo futuro, strumenti per acquisire elementi oggettivi di riscontro alle dichiarazioni rese dalle persone a vario titolo coinvolte nel processo (in veste di imputato, di persona offesa, di testimone), l'accertamento processuale ne potrebbe trarre indubbiamente grandi benefici.

Le neuroscienze potrebbero infatti mettere a disposizione, in tale ambito, le seguenti tecniche:

- tecniche di *lie detection*, finalizzate a valutare la veridicità della dichiarazione di un soggetto, cioè la corrispondenza tra quanto dichiarato e ciò che è conosciuto dal medesimo (per sapere, insomma, se egli sta dicendo la verità o una menzogna): sono tali, ad esempio, le tecniche del “Test della domanda di controllo” (*CQT: Control Question Test*)⁷⁰, del “Test dell'infor-

⁶⁵ In questa sede può, tuttavia, essere interessante riferire di una recente meta-analisi, che ha evidenziato come giovani (infra-quattordicenni e tra i quattordici e i diciotto anni) con problemi di condotta (comportamenti aggressivi, antisociali, oppositivi e di rifiuto orgoglioso di obbedire all'autorità) presentino riduzioni della sostanza grigia cerebrale della corteccia dell'insula, delle cortece frontali e temporali e nell'amigdala (l'amigdala e l'insula partecipano alla regolazione dei processi emotivi). In argomento, v. J. C. ROGERS, S. A. DE BRITO, *Cortical and subcortical gray matter volume in youths with conduct problems: a meta-analysis*, in *JAMA Psychiatry*, 73(1), 2016, pp. 64-72.

⁶⁶ M. T. COLLICA, *La crisi del concetto di autore non imputabile “pericoloso”*, in *Dir. pen. cont.*, 19 novembre 2012, p. 18.

⁶⁷ Ancora M. T. COLLICA, *La crisi del concetto di autore non imputabile “pericoloso”*, cit., p. 20. Sulla prospettiva di un più ampio utilizzo delle analisi neuroscientifiche a sostegno della valutazione della pericolosità sociale, v. I. ROSSETTO, A. CALOGERO, E. AGUGLIA, *Neuroscienze e pericolosità sociale psichiatrica*, poster presentato a Padova per il convegno “Neuroetica”, 3-7 giugno 2010, in [questa pagina web](#).

⁶⁸ V. *supra*, nota 42.

⁶⁹ V. *supra*, nota 50.

⁷⁰ Nel CQT vengono paragonate risposte a domande “rilevanti” (ad esempio, “Hai sparato a tua moglie?”) e risposte a domande “di controllo”, volte a controllare la caratteristica minacciosa delle domande rilevanti, che riguardano pensieri o azioni riprovevoli, riferite al passato della persona esaminata (ad esempio, “Hai mai tradito la fiducia di qualcuno che si fidava di te?”). La persona innocente teme maggiormente le domande “di controllo”, in quanto mettono in discussione la sua passata affidabilità e onorabilità, mentre le domande “rilevanti” si riferiscono a un crimine che sa di non aver commesso. La registrazione poligrafica di variabili fisiologiche (frequenza cardiaca e respiratoria, pressione arteriosa, conduttanza cutanea) dovrebbe riflettere tale differenza, con un aumento di questi parametri in concomitanza delle risposte alle domande “di controllo”. La persona colpevole teme, invece, maggiormente le domande “rilevanti”, e questo si dovrebbe riflettere nelle variabili fisiologiche, i cui parametri aumentano in risposta ad esse. L'assenza di differenze nelle variazioni fisiologiche ai due tipi di domande fa considerare i risultati del test non conclusivi. Considerano poco attendibile tale tecnica, R. BULL, H. BARON, G. GUDJONSSON, S. HAMPSON, G. RIPON, A. VRIJ, *A review of the current scientific status and fields of application of Polygraphic Deception Detection. Final report (6 October 2004) from the BPS Working Party*, British Psychological Society, 2005; oltreché American Psychological Association, in [questa pagina web](#).

mazione nascosta" (CIT: *Concealed Information Test*)⁷¹, associati a registrazioni poligrafiche⁷² e, più recentemente, a risonanza magnetica funzionale (fMRI)⁷³;

- tecniche di *memory detection*, finalizzate invece a individuare la sussistenza nel soggetto di tracce di memoria: sono tali, ad esempio, le metodologie del "Test della conoscenza colpevole" (GKT- *Guilty Knowledge Test*)⁷⁴, anche con l'aggiunta dell'onda P300⁷⁵, e del test a-IAT.

Ebbene, tali tecniche potrebbero, in primo luogo, contribuire alla verifica della *attendibilità delle dichiarazioni rese nel processo*, soprattutto allorquando la prova dichiarativa assuma il ruolo di "prova-regina", come accade in alcuni procedimenti per il delitto di violenza sessuale, dove talora i principali elementi disponibili ai fini della ricostruzione dei fatti sono le due versioni – ovviamente antitetiche – della presunta vittima e dell'imputato; oppure nei procedimenti per il reato di associazione di tipo mafioso, dove spesso una prova fondamentale è fornita dai c.d. "collaboratori di giustizia".

A livello di applicazione giurisprudenziale possiamo a questo proposito segnalare un caso in cui all'imputato veniva contestato il reato di violenza sessuale (quale caso di minore gravità ai sensi dell'art. 609-bis co. 3 cod. pen.) per avere costretto una ragazza minorenni a subire alcuni toccamenti lascivi⁷⁶. I fatti erano avvenuti nello studio professionale dell'imputato (presso il quale la ragazza stava svolgendo un tirocinio scuola-lavoro), in assenza di qualsiasi altra persona. Il racconto della ragazza, che subito aveva riferito sconvolta l'episodio ad una amica, risultava, anche in occasione delle successive deposizioni, congruo, lineare ed immune da sbavature; anche le testimonianze raccolte, seppur fornite da soggetti che non avevano assistito ai fatti, risultavano coerenti e congrue, anche nei dettagli, al racconto della persona offesa. La delicatezza del caso e alcune contro-argomentazioni della difesa dell'imputato inducevano

⁷¹ Nel CIT, che è molto simile al GKT (v. *infra*, nota 74), vi è una domanda collegata al crimine (*item* "critico") e diverse domande di controllo (*item* "non critici"), scelte in modo tale che un partecipante innocente non sia in grado di distinguere la domanda "critica" da quelle "non critiche". Le variabili fisiologiche menzionate *supra*, nota 70, vengono registrate anche durante il CIT. In argomento, v. I. MATSUDA, A. HIROTA, T. OGAWA, N. TAKASAWA, K. SHIGEMASU, *A new discrimination method for the Concealed Information Test using pretest data and within-individual comparisons*, in *Biological Psychology*, 73(2), 2006, pp. 157-164.

⁷² Per i metodi di registrazione poligrafica di parametri fisiologici, v. D. T. LYKKEEN, *The GSR in the detection of guilt*, in *Journal of Applied Psychology*, 43(6), 1959, p. 385; G. BEN-SHAKHAR, J. J. FUREDY, *Theories and applications in the detection of deception: A psychophysiological and international perspective*, New York, Springer Science & Business Media, 1990.

⁷³ D. D. LANGLEBEN, J. G. HAKUN, D. SEELIG, A. L. WANG, K. RUPAREL, W. B. BILKER, R. C. GUR, *Polygraphy and functional magnetic resonance imaging in lie detection: a controlled blind comparison using the concealed information test*, in *Journal of Clinical Psychiatry*, 77(10), 2016, pp. 1372-1380. In questo studio gli esperti di fMRI hanno maggior successo degli esperti di poligrafia a discriminare un pattern compatibile con una menzogna nel paradigma CIT.

⁷⁴ Nel GKT vi sono domande a scelta multipla, alcune delle quali riguardano una conoscenza che solo un colpevole può avere: ad esempio, per un soggetto sospettato di aver commesso un furto, vi sono domande come: "Sono stati rubati € 500, €1000 o €10.000?". Proprio per tale motivo un limite del GKT risiede nel fatto che esso può essere utilizzato solo quando gli investigatori hanno informazioni di tal tipo. Inoltre, un risultato indicativo del fatto che la persona non mente (*id est*, mancato incremento dei parametri fisiologici) potrebbe invece indicare semplicemente che la persona non possiede l'informazione (*id est*, quanto ha rubato), pur essendo colpevole del furto. Infine, distorsioni della memoria possono limitare l'accuratezza di queste procedure e falsi riconoscimenti possono essere indotti mediante il paradigma Deese-Roediger-McDermott (DRM), in cui uno stimolo fortemente associato agli stimoli di una lista appresa, viene falsamente riconosciuto come presentato in precedenza (ad es., dopo aver appreso una lista di parole quali: *iniezione, siringa, cucire, occhio, appunto, spillo*, il partecipante riconosce falsamente come appartenente alla lista *ago*). Anche la tecnica GKT è quindi considerata poco attendibile. In argomento, v. D. A. GALLO, *False memories and fantastic beliefs: 15 years of the DRM illusion*, in *Memory & Cognition*, 38(7), 2010, pp. 833-848, che considera la GKT poco attendibile (v. *supra* nota 70 quanto detto a proposito del CQT).

⁷⁵ Circa l'associazione di GKT e P300, v. V. ABOOTALEBI, M. H. MORADI, M. A. KHALILZADEH, *A comparison of methods for ERP assessment in a P300-based GKT*, in *International Journal of Psychophysiology*, 62(2), 2006, pp. 309-320; ID., *A new approach for EEG feature extraction in P300-based lie detection*, in *Computer Methods and Programs in Biomedicine*, 94(1), 2009, pp. 48-57. In questi esperimenti, il partecipante sceglie il ruolo ("colpevole" o "innocente"): se "colpevole", apre una scatola, vede un gioiello, ne memorizza i dettagli e immagina di averlo rubato; l'"innocente" non apre la scatola e non conosce quindi i dettagli del gioiello. In associazione alle domande che riguardano il gioiello – informazioni che il partecipante "colpevole" è stato istruito a cercare di nascondere, immaginando di essere "innocente" – è stata registrata una P300 più ampia rispetto a quando il partecipante è "innocente". I risultati indicherebbero che l'associazione GKT e P300 discriminerebbe tra "colpevoli" e "innocenti" con un'accuratezza di oltre l'80%. Per uno studio sperimentale elettrofisiologico mediante tomografia elettromagnetica (sLORETA), con utilizzo di frasi coreane, che suggerisce un maggior coinvolgimento della corteccia fronto-parietale durante le risposte ingannevoli da parte dei "colpevoli" rispetto agli "innocenti", a domande che riguardano il crimine, v. E. K. JUNG, K. Y. KANG, Y. Y. KIM, *Frontoparietal activity during deceptive responses in the P300-based guilty knowledge test: an sLORETA study*, in *NeuroImage*, 78, 2013, pp. 305-315. Le situazioni sperimentali appaiono tuttavia molto artificiali e ogni estrapolazione a contesti reali non risulta immediata. Sottolineano tali profili problematici, K. E. SIP, A. ROEPSTORFF, W. MCGREGOR, C. D. FRITH, *Detecting deception: the scope and limits*, in *Trends in Cognitive Sciences*, 12(2), 2008, pp. 48-53. Tra i profili critici sono stati evidenziati: a) il fare inferenze sugli stati mentali sulla base di dati fisiologici; b) il fare inferenze su individui sulla base di studi di gruppo (particolarmente per i dati fisiologici); c) l'utilizzare dati, provenienti da una situazione sperimentale di laboratorio (in cui, ad esempio, il partecipante è istruito a mentire e non lo fa spontaneamente), nella pratica forense; d) il tener conto delle attitudini del partecipante (un caso estremo è quello degli psicopatici che potrebbero non dimostrare variazioni fisiologiche nel mentire, in quanto non hanno empatia riguardo alla sofferenza potenziale che le loro azioni causano). Su tale ultimo profilo, v. R. JAMES, R. BLAIR, L. JONES, F. CLARK, M. SMITH, *The psychopathic individual: a lack of responsiveness to distress cues?*, in *Psychophysiology*, 34(2), 1997, pp. 192-198.

⁷⁶ Trib. Cremona, 19 luglio 2011, S.M., in *DeJure*.

il giudice, ciò nondimeno, ad acquisire una perizia quale indagine integrativa, per verificare, tra l'altro, se la ragazza avesse effettivamente dentro di sé il ricordo genuino di quanto aveva ripetutamente narrato. La perizia veniva affidata ad un esperto in neuropsicologia clinica, il quale si avvaleva, tra l'altro, anche dei test aIAT⁷⁷ e TARA⁷⁸, vale a dire due procedure che, sulla base dei tempi di reazione, mirano a verificare l'esistenza all'interno del soggetto di un ricordo – una traccia mnestica – di un evento autobiografico.

Ebbene, in conclusione secondo il giudice, *“premesso che né lo aIAT, né il TARA, ovviamente, hanno finalità accusatorie ma sono strumenti neutri, i risultati della perizia, letti nel contesto generale del processo, hanno offerto un esito di conferma delle dichiarazioni della persona offesa”*; di conseguenza, l'imputato veniva condannato per i fatti contestatigli⁷⁹.

In questa sede può essere infine interessante riferire gli esiti di recenti studi finalizzati alla ricerca di possibili correlati neuronali della “capacità di mentire”. Questa “capacità” pare, in effetti, avere dei correlati neurali specifici, che coinvolgono in primo luogo la corteccia prefrontale (dorsolaterale e ventrolaterale), e poi altre strutture cerebrali, quali il giro cingolato anteriore⁸⁰. È, pertanto, non-irragionevole ipotizzare che i soggetti inclini a mentire possano presentare particolari *pattern* di funzionamento di queste aree, divergenti da quelli dei “non mentitori”.

Se e quando questi studi neuroscientifici raggiungeranno approcci più consolidati, essi potrebbero fornire la base per elaborare, da parte della scienza penalistica, regole di acquisizione della prova dichiarativa differenziate, appositamente studiate per i soggetti che presentano le strutture cerebrali tipiche dei “mentitori”; ovviamente, però, ciò dovrà avvenire salvaguardando il pieno rispetto della dignità e libertà morale di questi soggetti.

4.5.

“Collaborazione” in sede di accertamento del dolo.

Secondo taluni studi, gli strumenti sopra descritti o altri ancora (ad esempio, risonanza magnetica funzionale abbinata a *software* esperti) potrebbero essere utilizzati anche in funzione di *mind detection*, vale a dire al fine di ricostruire la tipologia di intenzione espressa con l'atto dal suo autore⁸¹.

Se davvero strumenti siffatti fossero disponibili, potremmo constatare che finalmente il giudice disporrebbe di tecniche di “doloscopia”⁸², vale a dire di tecniche per accertare il dolo *dall'interno* della mente dell'imputato, anziché solo – come finora avviene – *dall'esterno* (inferendo il dolo dalle circostanze esterne).

Ovviamente, tali strumenti potrebbero risultare particolarmente idonei a provare il dolo di terminati reati, come ad esempio il dolo del reato di falsa testimonianza (le neuroscienze possono aiutare il giudice a capire se l'imputato, che pur dice una cosa oggettivamente falsa, è soggettivamente – e genuinamente – convinto di dire il vero?), o del reato di calunnia (le neuroscienze possono aiutare il giudice a capire se l'imputato, nel momento in cui ha sporto denuncia, era consapevole dell'innocenza del soggetto incolpato?).

A livello di applicazione giurisprudenziale, segnaliamo che:

⁷⁷ V. *supra*, nota 55-57 e testo corrispondente.

⁷⁸ V. *supra*, nota 58 e testo corrispondente.

⁷⁹ La condanna è stata ribadita anche da Cass., Sez. III, 13 marzo 2014, n. 15178, S.M., in *DeJure*, con una sentenza che conferma l'attendibilità del racconto della minore, attendibilità tuttavia desumibile “essenzialmente dall'analitica ricostruzione del suo comportamento, prescindendo da riferimenti ai test somministrati dall'ausiliare”. Su tale vicenda giudiziaria, e sul rilievo in essa assunto dalle metodologie neuroscientifiche, v. L. ALGERI, *Neuroscienze e testimonianza della persona offesa*, cit., p. 904 ss.; M. BERTOLINO, *Prove neuro-psicologiche*, cit., p. 23; nonché, sia pur con taglio giornalistico, L. FERRARELLA, *Ecco il test della verità sui ricordi che fa condannare l'imputato*, in *Corriere della Sera*, 24 febbraio 2012, consultabile online in [questa pagina web](#).

⁸⁰ In letteratura, tra i molti, v. F. MAMELI, C. SCARPAZZA, E. TOMASINI, R. FERRUCCI, F. RUGGIERO, G. SARTORI, A. PRIORI, *The guilty brain: the utility of neuroimaging and neurostimulation studies in forensic field*, in *Reviews in the Neurosciences*, 28(2), 2017, pp. 161–172; N. ABE, *The neurobiology of deception: evidence from neuroimaging and loss-of-function studies*, in *Current Opinion in Neurology*, 22(6), 2009, pp. 594–600; D. D. LANGLEBEN, L. SCHROEDER, J. A. MALDJIAN, R. C. GUR, S. McDONALD, J. D. RAGLAND, C.P. O'BRIEN, A. R. CHILDRESS, *Brain activity during simulated deception: an event-related functional magnetic resonance study*, in *NeuroImage*, 15(3), 2002, pp. 727–732. In particolare, i correlati della menzogna esaminata mediante il GKT comprendono la corteccia pre-frontale, pre-motoria, frontale motoria e parietale anteriore, e la parte anteriore del giro del cingolo.

⁸¹ L. SAMMICHELI, G. SARTORI, *Accertamenti tecnici ed elemento soggettivo del reato*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2015, n. 2, p. 273 ss.

⁸² L'icastica espressione “doloscopia” è di recente proposta da F.M. IACOVIELLO, *Processo di parti e prova del dolo*, in *Criminalia*, 2010, p. 464.

1) nel c.d. processo Cogne-*bis*⁸³, relativo al delitto di calunnia commesso da Annamaria Franzoni a carico del proprio vicino di casa (falsamente incolpato di essere l'autore dell'uccisione del piccolo Samuele), la difesa aveva introdotto nell'istruttoria una consulenza, espletata, tra l'altro, sottoponendo l'imputata al test a-IAT, al fine di dimostrare che la stessa fosse genuinamente convinta di non essere stata lei ad uccidere il figlio.

Il giudice, tuttavia, ha ritenuto gli esiti di tale test "ininfluenti" ai fini della valutazione dei fatti in causa, e ciò per due motivi: perché il test, somministrato nel 2009, non poteva certo fotografare lo stato mentale della Franzoni nel 2004, allorché la medesima presentò denuncia; e perché, anche qualora la Franzoni fosse stata convinta della propria innocenza (rispetto all'uccisione del figlio), ciò non sarebbe bastato ad escludere, in capo alla stessa, la consapevolezza dell'innocenza del vicino di casa e, quindi, il dolo di calunnia: dolo di calunnia, il quale, invece, nel caso di specie risultò provato in quanto il contenuto della denuncia fu il risultato di *"una predisposizione maliziosa di dati, elementi e circostanze di fatto oggettivamente falsi, abilmente combinati con la valorizzazione di elementi inconsistenti e di per sé insignificanti ma funzionali al progetto calunnioso complessivo, finalizzato a far iniziare un'indagine sul vicino di casa, così da introdurre indirettamente nei giudici, chiamati a trattare in grado di appello il processo a carico della Franzoni, elementi di incertezza sulla sua responsabilità per l'omicidio del figlio"*⁸⁴;

2) in un recente processo per omicidio⁸⁵, la difesa aveva cercato di ottenere la derubricazione dell'imputazione – da omicidio volontario con dolo eventuale a omicidio colposo – facendo leva su una consulenza la quale si era, tra l'altro, avvalsa del test a-IAT. Nella specie, si trattava di un giovane, all'epoca dei fatti minorenni (17 anni e 8 mesi), il quale, alla guida di un grosso SUV, dopo aver provocato un primo sinistro stradale all'interno del parcheggio di un centro commerciale, per sfuggire ad un agente di polizia locale che gli aveva intimato l'ALT, cercava di guadagnare velocemente l'uscita del parcheggio, ma così facendo investiva mortalmente il predetto agente. La difesa mirava a provare che il giovane, al momento dell'impatto, non avesse visto l'agente, in quanto questi si sarebbe parata dinnanzi a lui in modo improvviso all'altezza dell'uscita del parcheggio. Per confortare tale ricostruzione dei fatti, l'imputato si era sottoposto al test a-IAT, il cui esito avrebbe confermato che, nella mente dell'imputato, non c'era il ricordo della presenza della vittima all'altezza dell'uscita del parcheggio.

I giudici di primo e secondo grado, tuttavia, non conferiscono valore a tale consulenza e il giovane viene condannato per omicidio volontario. La Corte di Cassazione, a sua volta, ritiene adeguata la motivazione, fornita in sentenza, circa l'inattendibilità del test a-IAT "nel caso di specie e anche in generale", giacché la Corte d'Appello ha *"valutato il test con criteri scientifici, sottolineando che si tratta di metodo assai recente (...), contestato da alcune parti e che non aveva trovato diretta applicazione nei procedimenti davanti all'autorità giudiziaria italiana (il ricorrente sostiene che, al contrario, in un procedimento davanti al G.I.P. di Como, ciò sarebbe avvenuto: dato certamente non decisivo); ma, soprattutto, la Corte territoriale evidenzia alcune criticità nell'applicazione del test al caso concreto, sottolineando che le dichiarazioni rese dall'imputato al consulente tecnico erano differenti da quelle rese nel procedimento; che – attesa la scarsa capacità di lettura dell'imputato – la complessità delle domande potevano influenzare i tempi di risposta; che, infine, poiché il test era stato somministrato oltre un anno dopo il fatto, il ricordo dell'imputato poteva essere differente da quello iniziale, in quanto influenzato da meccanismi inconsci di rimozione"*. La condanna per omicidio volontario viene quindi confermata⁸⁶.

5.

Una strada spianata o un percorso irto di ostacoli alla "collaborazione" tra diritto penale e neuroscienze?

L'aver individuato alcuni ambiti all'interno dei quali potrebbe svolgersi una proficua collaborazione tra diritto penale e neuroscienze non significa, tuttavia, che queste si trovino davanti una strada spianata che le conduca trionfalmente all'interno delle aule giudiziarie: tutt'altro!

⁸³ Trib. Torino, ud. 19 aprile 2011 (dep. 26 settembre 2011), Franzoni, est. Arata, in *Dir. pen. cont.*

⁸⁴ *Ibidem*, p. 200.

⁸⁵ Di tale processo abbiamo notizia grazie alla sentenza di Cassazione che ha deciso in via definitiva il caso: Cass., sez. I, 10 aprile 2015 (dep. 13 luglio 2015), N., n. 30096, in *DeJure*.

⁸⁶ *Ibidem*.

Il percorso appare, al momento, irto di ostacoli, frapposti non solo dalla legge penale, ma scaturenti dallo stesso fronte neuroscientifico.

5.1.

Gli ostacoli frapposti dalla legge penale.

Quanto agli ostacoli di ordine “penalistico”, occorre ricordare – oltre al divieto di perizie dirette ad accertare il carattere e la personalità dell'imputato e, in genere, le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche (art. 220 co. 2 cod. proc. pen.)⁸⁷ – gli ulteriori divieti posti dagli artt. 64, 188 e 189 cod. proc. pen. a tutela della libertà morale del dichiarante. Questi divieti, in passato, hanno già sbarrato l'accesso nel processo penale a metodi e strumenti di prova quali il poligrafo (un'apparecchiatura in grado di registrare e amplificare la variazione di alcuni parametri fisiologici del dichiarante: la pressione arteriosa, il ritmo respiratorio, il battito cardiaco e la sudorazione palmare), la narcoanalisi (eseguibile con somministrazione per via endovenosa lenta di barbiturici uniti a psicostimolanti del tipo anfetaminico) e l'ipnosi⁸⁸.

Amnesso che detti divieti risultino non pertinenti o comunque superabili⁸⁹, la prova neuroscientifica dovrebbe poi sottostare ai limiti e alle condizioni entro cui viene ritenuta ammissibile la c.d. “prova scientifica” alla luce della più recente giurisprudenza di legittimità, la quale, come noto, ha sostanzialmente recepito i criteri del celebre “test Daubert” (sottoposizione della teoria a test empirici, e in particolare a tentativi sperimentali di smentita; sottoposizione della teoria a *peer review* e quindi pubblicazione della stessa su riviste specializzate; conoscibilità del relativo tasso di errore, accertato o potenziale; infine, riscossione di un consenso generale da parte della comunità scientifica di riferimento)⁹⁰. Anche in relazione alle neuroscienze si riproporrebbero, pertanto, tutte le controversie e tutti i dubbi circa le modalità e i limiti di introduzione, nel processo penale, di un sapere extragiuridico capace di consentire al giudice di superare la sua “legittima ignoranza” in ambito scientifico⁹¹.

Circa la affidabilità delle nuove tecniche neuroscientifiche a fornire elementi di prova utilizzabili nel processo penale possiamo segnalare, a livello di giurisprudenza di legittimità, quattro sentenze. A dire il vero nessuna di esse prende una posizione netta in proposito; ciò nondimeno tutte e quattro forniscono interessanti indicazioni – tra l'altro, non convergenti tra di loro – a conferma dell'unico dato certo: la controversia sulla utilizzabilità degli esiti delle indagini neuroscientifiche nel processo penale è ancora lontana dall'aver trovato una soluzione.

1) La prima, in ordine cronologico, di queste quattro sentenze riguardava il triplice omicidio certamente commesso dall'imputato ai danni del fratello e della di lui famiglia⁹²; nel procedimento di merito l'unico profilo dubbio atteneva alla sua capacità di intendere e di volere, oggetto di consulenze e perizie divergenti. Il giudice di primo grado – accogliendo la valutazione del perito, che aveva formulato una diagnosi di disturbo *borderline* di personalità,

⁸⁷ Secondo L. SAMMICHELI, G. SARTORI, *Accertamenti tecnici*, cit., p. 6, la perizia (o consulenza) che si avvalga di tecniche neuroscientifiche non potrebbe essere esclusa dal processo in forza dell'art. 220 cod. proc. pen. nella misura in cui essa sia rivolta non già ad accertare la personalità o il carattere dell'imputato – vale a dire le caratteristiche psichiche e le modalità di comportamento tendenzialmente fisse e irriducibili dell'individuo – bensì la sua disposizione psicologica o comportamentale temporanea, e cioè il modo, storicamente circoscritto, con cui il soggetto si pone in relazione al suo comportamento.

⁸⁸ In argomento, tra i molti, v. S. MAFFEI, *Ipnosi, poligrafo, narcoanalisi, risonanza magnetica: sincerità e verità nel processo penale*, in *Ind. Pen.*, 2006, p. 717 ss.; O. MAZZA, *I protagonisti del processo*, in AA.VV., *Procedura penale*, Torino, 2010, p. 109; G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, Torino, Utet Giuridica, 2004, p. 83; per una letteratura più risalente in argomento, v. altresì G. SABATINI, *Poligrafo e libertà morale*, in *Giust. Pen.*, I, 1962, p. 1 ss.; G. VASSALLI, *I metodi di ricerca della verità e la loro incidenza sulla integrità della persona umana*, in *Riv. Pen.*, 1972, p. 393 ss.

⁸⁹ Un (fugace) cenno circa la ritenuta compatibilità della consulenza esperita tramite test a-IAT col disposto dell'art. 220 cod. proc. pen. compare nella sentenza Cass., sez. I, 10 aprile 2015, cit. (*supra*, nota 85) relativa all'omicidio dell'agente di polizia: ivi la Cassazione riferisce, infatti, che “la Corte [d'appello] non condivideva la valutazione del Tribunale di contrasto del test con il disposto dell'art. 220 cod. proc. pen., atteso che esso era diretto ad accertare le tracce mnestiche di un fatto”.

⁹⁰ In questa sede è impossibile ripercorrere l'ampio dibattito sviluppatosi nella giurisprudenza e nella dottrina italiane in ordine al ruolo del giudice nella valutazione della qualità della scienza, di volta in volta invocata in sede processuale. In argomento, anche per i doverosi riferimenti di dottrina e giurisprudenza, sia consentito rinviare a F. BASILE, *L'utilizzo nel processo penale di conoscenze scientifiche, tra junk science e legittima ignoranza del giudice*, in *Studium Juris* 2018 (in corso di pubblicazione); per quanto riguarda, invece, specificamente l'affidabilità della prova “neuro-scientifica”, v., *ex plurimis*, M. BERTOLINO, *Prove neuro-psicologiche*, cit., p. 2 ss.; L. DE CATALDO NEUBURGER, *Neuroscienze e diritto penale. La scienza come, quando e perché*, in A. SANTOSUOSSO (a cura di), *Le neuroscienze e il diritto*, Pavia 2009, p. 148 ss.

⁹¹ Le parole virgolettate – che ribattono l'anacronistico paradigma del *iudex peritus peritorum* – sono tratte da Cass., Sez. V, 27 marzo 2015, n. 36080, Knox.

⁹² Cass., Sez. I, 2 ottobre 2012 (dep. 7 novembre 2012), Panuccio, n. 43021, in *Leggi d'Italia*.

con una condizione depressivo-ansiosa e reattiva ad esso sovrapposta – concludeva per un vizio solo parziale di mente. In appello, la difesa chiedeva una rivalutazione della capacità di intendere e di volere, anche sulla scorta di una consulenza che utilizzasse tecniche neuroscientifiche (in particolare ricorso al *neuro-imaging* ed alla genetica comportamentale) per spiegare le ricadute del trauma subito dall'imputato in età adolescenziale sulla sua capacità di intendere e volere. Tale richiesta veniva, tuttavia, respinta dal giudice d'appello con argomenti che anche la Cassazione alla fine conferma, giacché le neuroscienze “*possono vantare isolate applicazioni nel campo giudiziario (si contano pochissimi precedenti), sintomo questo di una inadeguata verifica da parte della comunità scientifica nel settore cui si ha riguardo*”⁹³, tanto più che “*oltre ad una scarsa affidabilità del parametro scientifico proposto (che è nei fatti per la scarsa applicazione e quindi per la mancanza di un vero e proprio test di affidabilità), la Corte [d'appello] non ha mancato di rilevare come detto tipo di indagine avrebbe potuto avere un esito se solo fossero state riscontrate in capo all'imputato anomalie di tipo genetico, od organico*”⁹⁴.

2) Solo qualche settimana più tardi, tuttavia, la stessa Sezione (la Prima) della Corte di Cassazione apre qualche spiraglio all'utilizzabilità delle tecniche neuroscientifiche nel processo penale⁹⁵. Infatti, nella seconda sentenza in esame – sentenza che annulla con rinvio una condanna in appello a carico di un “*serial killer*” (già condannato per plurimi omicidi, tutti realizzati con modalità analoghe a quelle contestatogli nel presente giudizio) – la Cassazione rileva che la corte territoriale aveva motivato solo in punto di capacità di intendere e non anche in punto di capacità di volere dell'imputato, essendo rimasta, invece, la capacità di volere “*nell'ombra, e ciò pure a fronte di specifiche deduzioni difensive circa l'assenza della capacità di volere, che bene avrebbero imposto una più approfondita motivazione su tale profilo*”⁹⁶. E le deduzioni difensive erano, tra l'altro, basate proprio sull'esame dell'encefalo dell'imputato con risonanza magnetica nucleare, da cui sarebbe emersa una patologia, definita “*disturbo esplosivo intermittente*”, anche nota come “*sindrome del serial killer*”, che – stando a quanto riferito dalla difesa – eliminerebbe la capacità di volere per cause organiche, e che sarebbe stata rilevata già in quattro casi di assassini seriali italiani.

3) Con una successiva sentenza, la Cassazione lascia, invece, fondamentalmente impregiudicata la questione circa il riconoscimento della affidabilità delle tecniche neuroscientifiche e della loro utilizzabilità in sede processual-penale⁹⁷. Nella specie, ricorrente era un soggetto, tale V., già condannato con sentenza irrevocabile per omicidio doloso; tale condanna si era basata principalmente sulla testimonianza oculare di una giovane donna, la quale, pur essendo affetta da ritardo mentale, iper-emoività ansiosa e fragilità psichica, era stata comunque ritenuta capace di rendere testimonianza. Dopo il processo, tuttavia, a favore della giovane donna era stato disposto assegno di invalidità con sentenza del locale tribunale civile.

Proprio facendo leva su tale nuova circostanza, la difesa di V. presentava quindi istanza di revisione del processo, istanza la quale si avvaleva, altresì, di una consulenza tecnica fornita da un noto accademico, esperto di neuroscienze, il quale, utilizzando nuove metodologie di indagine, valutava la capacità mnemonica della giovane donna compromessa al punto da renderla, in realtà, non idonea a testimoniare. Il consulente aveva, peraltro, somministrato anche al V. due test – anch'essi fondati su nuova metodologia (aIAT e TARA⁹⁸) – volti a indagare la memoria autobiografica del condannato e ad analizzare l'eventuale traccia, nella sua memoria, del fatto di sangue. La Corte d'appello competente, tuttavia, dichiarava inammissibile siffatta richiesta di revisione, motivo per cui V. ricorreva in cassazione; e la Corte di Cassazione, con la sentenza oggetto d'esame, annulla con rinvio sulla scorta di un'interessante motivazione il cui passaggio principale, ai presenti fini, è il seguente: “*possono costituire prove nuove, ai fini della valutazione di ammissibilità dell'art. 630, co. 1, lett. c), cod. proc. pen. [casi di revisione del processo], le prove che, pur incidendo su un tema già divenuto oggetto di indagine nel corso della cognizione ordinaria, siano fondate su tecniche diverse e innovative, tali da fornire risultati non raggiungibili con le metodiche in precedenza disponibili. Ciò ovviamente quando non manchi la affidabilità tecni-*

⁹³ *Ibidem.*

⁹⁴ *Ibidem.*

⁹⁵ Cass., Sez. I, 25 ottobre 2012 (dep. 21 novembre 2012), S., n. 45559, in *Leggi d'Italia*.

⁹⁶ *Ibidem.*

⁹⁷ Cass., Sez. V, 22 gennaio 2013 (dep. 26 marzo 2013), V., n. 14255, in *DeJure*.

⁹⁸ Su tali due test, v. *supra*, rispettivamente note 55-57 e 58, e testo corrispondente.

ca delle nuove metodiche scientifiche, difettando, altrimenti, la stessa natura di «prova nuova». Orbene, al proposito, la corte calabrese si è limitata a osservare che «... non è dato desumere alcun elemento concreto dal quale poter ricavare sia la scientificità, che la novità ... del metodo di analisi utilizzato; ... manca in definitiva una sufficiente indicazione circa il grado di consenso che il sistema descritto nell'istanza di revisione riscuote nell'ambito della comunità scientifica e il livello di condivisione raggiunto dallo stesso». In tal modo, tuttavia, il giudicante ha addossato al consulente tecnico l'onere di certificare la validità delle nuove tecniche di indagine psicologica, cui lo stesso ha fatto ricorso, quasi che non fosse, viceversa, compito, innanzitutto, del giudice (documentarsi e) pronunziarsi sulla correttezza dei nuovi criteri metodologici sottoposti alla sua attenzione (in relazione alle tecniche aIAT e TARA, esiste ormai letteratura, anche in ambito giuridico)⁹⁹: la Cassazione, insomma, con queste parole non afferma, né nega l'affidabilità delle tecniche neuroscientifiche, investendo invece il giudice di merito del compito di compiere, caso per caso, uno scrutinio in proposito.

4) Infine, l'ultima sentenza di legittimità in ordine di tempo qui rilevante¹⁰⁰, riguardava un soggetto condannato per omicidio doloso, il quale censurava, davanti alla Cassazione, la mancata concessione delle attenuanti generiche (art. 62-bis cod. pen.), che a suo avviso avrebbero dovuto essergli riconosciute, tra l'altro, in quanto egli sarebbe stato portatore di disfunzioni genetiche determinanti i suoi comportamenti aggressivi e impulsivi. Tali disfunzioni genetiche sarebbero emerse grazie ad una consulenza di parte sul suo genoma individuale, effettuata, con tecniche neuroscientifiche, da un professore universitario di psicologia clinica e da un professore universitario di biochimica clinica e biologia molecolare.

La Cassazione, tuttavia, respinge tale motivo di ricorso, facendo proprie alcune osservazioni già formulate dai giudici di merito, i quali avevano correttamente “dato conto delle opinioni espresse dai periti e dai consulenti di parte escludendo la correlazione tra il profilo genomico individuale ed il quadro di personalità dell'imputato. In particolare, il primo giudice ha evidenziato che gli studi condotti per stabilire un nesso causale tra assetto genetico, comportamento violento/impulsivo e capacità di intendere e di volere, avevano riguardato campioni di popolazione relativamente piccoli ed avevano incluso soprattutto soggetti con tratti psicopatici e/o con disturbo antisociale di personalità, caratteristiche queste non presenti nell'imputato”¹⁰¹.

La Cassazione conclude, quindi, rilevando che i giudici di merito “hanno correttamente escluso ogni incidenza tra il genoma dell'imputato e il reato commesso, dal momento che – a tacere delle implicazioni sui temi più generali del libero arbitrio, del principio di responsabilità individuale e della mancata considerazione dell'interazione dei fattori ereditari e ambientali nello sviluppo della personalità – nel rispetto delle regole proprie del processo penale, al suo interno può essere introdotta solo una prova «idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti» (art. 189 cod. proc. pen.) e la c.d. verità scientifica è tale solo se la conoscenza è scientifica. Nell'esperienza della Corte Suprema nordamericana, la sentenza Daubert individua come criteri per l'apprezzamento della scienza valida (ossia rilevante e affidabile) la possibilità di verificare e falsificare il principio scientifico da impiegare; che esso sia stato oggetto di una revisione paritaria da parte dei componenti della comunità scientifica; che i risultati delle ricerche siano stati pubblicati in riviste specialistiche; che sia considerata la percentuale di errore, nota o potenziale, della teoria scientifica; che siano rispettati gli standard di corretta esecuzione delle operazioni applicative inerenti quel determinato principio scientifico; che vi sia stata accettazione della teoria nella comunità scientifica”¹⁰²: almeno in relazione al caso oggetto di tale giudizio, pertanto, la consulenza neuroscientifica di parte sembra non aver superato il “test Daubert”¹⁰³ e, di conseguenza, non è stata ritenuta frutto dell'utilizzo di una “scienza valida”.

5.2.

Gli ostacoli frapposti dallo stesso dibattito neuroscientifico.

A ben vedere, ostacoli all'introduzione nel processo penale di risultanze neuroscientifiche provengono non solo dalle “regole” del processo penale, ma emergono altresì anche in una

⁹⁹ Cass., Sez. V, 22 gennaio 2013, cit.

¹⁰⁰ Cass., sez. I, 10 giugno 2015 (dep. 13 novembre 2015), n. 45351, G.D., in *Leggi d'Italia*.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ Su tale test, v. già *supra*, nota 90, e testo corrispondente.

prospettiva più strettamente tecnica¹⁰⁴.

Si pensi, ad esempio, alle perplessità relative:

- al rischio di attivazione di strategie di aggiramento da parte del soggetto sottoposto ad esame con le tecniche neuroscientifiche;
- all'originaria predisposizione di talune delle tecniche qui in parola per rilevare differenze tra gruppi (ad esempio, analisi di pregiudizi), e non per analizzare lo stato del singolo;
- infine, alla non adeguata maturità di altre tecniche ancora.

Ad alcune di queste perplessità è possibile ovviare paragonando i dati raccolti dal soggetto sottoposto ad esame con quelli di un adeguato numero di soggetti di controllo (almeno 100 soggetti)¹⁰⁵ – cosa del resto che già da tempo avviene nel caso dei dati comportamentali, quali la prestazione a test neuropsicologici –; più difficile, invece, risulta una siffatta comparazione nell'ambito delle evidenze da neuroimmagine, giacché dati provenienti da partecipanti sani “di controllo” sono in larga misura assenti, anche in considerazione del costo elevato di tali accertamenti.

Vi è poi il problema, da tempo segnalato dalla letteratura statunitense¹⁰⁶, della sproporzionata capacità persuasiva che le immagini cerebrali – tanto spettacolari quanto di apparentemente semplice lettura – e le spiegazioni di comportamenti basate su dati neuroscientifici potrebbero avere su giudici e giurati.

A ciò potrebbe farsi fronte attraverso una adeguata considerazione del complesso delle evidenze disponibili, ispirandosi alla cosiddetta “metodologia delle operazioni convergenti”¹⁰⁷, secondo la quale evidenze da domini disciplinari diversi, che convergono verso una stessa conclusione, la avvalorano maggiormente di ciascuna evidenza, considerata singolarmente.

Ma all'orizzonte si profilano anche altri ostacoli di natura tecnica, tra i quali appare di particolare rilievo il fatto che l'indagine neuropsicologica, tipicamente, avviene in condizioni che poco o nulla hanno a che fare con quelle “naturali” in cui si è verificato il reato¹⁰⁸.

Infine, le perizie neuroscientifiche cliniche presentano il medesimo limite di cui soffrono tutte le indagini sulle capacità mentali dell'imputato: tipicamente, esse possono fornirci un'analisi del comportamento e del cervello dell'imputato nel momento attuale, ma non nel momento (che potrebbe risalire a mesi, se non anni addietro) in cui avrebbe commesso il fatto di reato¹⁰⁹. Questo problema non può che essere affrontato caso per caso, valutando il complesso dei dati clinici disponibili, per concludere, in via del tutto probabilistica, se il funzionamento neurologico e neuropsicologico attuale (vale a dire, al momento dell'accertamento) dell'imputato possa essere considerato simile a quello (non esaminato) del momento in cui il reato è stato commesso.

Come è stato efficacemente rilevato, infatti, “*il cervello cambia. Il nostro cervello non è quello di ieri. Non è praticamente realizzabile una continua misurazione del funzionamento cerebrale così che sia possibile ricollegare l'attività cerebrale registrata in un momento specifico ad un momento successivo. Quindi, può essere difficile sapere, nel momento attuale, come lo stesso cervello funzionava sei mesi fa, nel momento in cui è accaduto l'evento giuridicamente rilevante*”¹¹⁰.

6. Considerazioni conclusive.

Al momento attuale, considerato lo “stato dell'arte” delle neuroscienze, una radicale *rifondazione* del diritto penale su nuove basi – basi costituite dalle asserite evidenze fornite, per

¹⁰⁴ In generale, sul metodo delle neuroscienze, sulle sue potenzialità e sui suoi limiti tecnici, v. E. R. KANDEL, J. H. SCHWARTZ, T. M. JESSELL, S. A. SIEGELBAUM, A. J. HUDSPETH, Eds., *Principles of neural science*, 5th ed., New York, Mc Graw-Hill, 2012.

¹⁰⁵ Sul punto, v. ad esempio E. CAPITANI, M. LAIACONA, *The evaluation of experimental data in neuropsychology*, in G. DENES, L. PIZZAMIGLIO (a cura di), *Handbook of clinical and experimental neuropsychology*, Hove, Sussex, Psychology Press, 1999, pp. 57–68.

¹⁰⁶ In argomento, anche per le doverose indicazioni bibliografiche, C. GRANDI, *Sui rapporti tra neuroscienze e diritto penale*, cit., p. 1255; M. BERTOLINO, *Prove neuro-psicologiche*, cit., p. 18; e, nella letteratura neuroscientifiche, G. SARTORI, A. ZANGROSSI, *Neuroscienze Forensi*, cit., p. 702.

¹⁰⁷ W. R. GARNER, H. W. HAKE, C. W. ERIKSEN, *Operationism and the concept of perception*, in *Psychological Review*, 63(3), 1956, pp. 149–159.

¹⁰⁸ Lo evidenziano, tra gli altri, U. FURNARI, A. PENNATI, *Il metodo scientifico in psichiatria e psicologia forense*, cit., p. 3.

¹⁰⁹ S. J. MORSE, *Brain Overclaim Syndrome and Criminal Responsibility: A Diagnostic Note*, in *Ohio State Journal of Criminal Law*, 3, 2006, p. 400.

¹¹⁰ *Memorandum Patavino, 9 ottobre 2015*, p. 15, consultabile in *Dir. pen. cont.* Si veda, a tal proposito, anche un significativo passaggio della sentenza di Torino nel procedimento per calunnia a carico della Franzoni (cit. *supra*, nota 83): “*i consulenti non hanno effettuato il test IAT nel 2004, cioè al momento della presentazione della denuncia, e non possono, quindi, sapere se la situazione registrata nel 2009 fosse presente anche nel 2004, essendo astrattamente possibile che il meccanismo di rimozione del «ricordo colpevole» e la sua sostituzione con un «ricordo innocente» sia intervenuta successivamente*”.

l'appunto, dalle neuroscienze – per i motivi sopra illustrati non pare possibile, né auspicabile.

Una prospettiva concretamente (e attualmente) percorribile è quella, invece, di una *collaborazione* tra diritto e processo penale e neuroscienze, collaborazione che si può sviluppare lungo plurime direttrici, ognuna delle quali, tuttavia, presenta proprie peculiarità e proprie difficoltà, anche in considerazione dello “strumento” (test, colloqui, registrazioni poligrafiche, esami di *imaging*, esami genetici e altro ancora) di volta in volta utilizzato da periti e consulenti per fornire elementi che possano contribuire alla formazione della decisione del giudice.

L'onda lunga della sentenza De Tommaso: ore contate per l'interdittiva antimafia 'generica' ex art. 84, co. 4, lett. d) ed e) d.lgs. n. 159/2011?

The Long Wave of De Tommaso Case: Is Time Running Out for 'Generic' Anti-Mafia Ban Ex Art. 84, Co. 4, Lett. d) and e) D.Lgs. N. 159/2011?

GIUSEPPE AMARELLI

Professore di Diritto penale presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II
giuseppe.amarelli@unina.it

SENTENZA DE TOMMASO, INTERDITTIVA ANTIMAFIA,
MISURE DI PREVENZIONE

DE TOMMASO CASE, ANTI-MAFIA BAN,
PREVENTIVE MEASURES SYSTEM

ABSTRACT

La sentenza della CEDU De Tommaso c. Italia ha finalmente aperto un varco nell'asfittica disciplina delle misure di prevenzione personali, giudicando contrastanti con l'art. 2, Protocollo 4 add. CEDU le c.d. fattispecie di pericolosità generica in ragione della loro assoluta indeterminazione. Fino a questo momento gli effetti di questa decisione si sono propagati sulle misure di prevenzione patrimoniali basate sugli stessi imprecisi indici; all'orizzonte si profila, ora, la loro possibile estensione anche al campo attiguo delle interdittive antimafia. Più precisamente, sulla scorta di questa decisione di Strasburgo, potrebbe essere posta una questione di legittimità costituzionale dell'interdittiva c.d. generica contemplata dall'art. 84, comma 4 lett. d) ed e) d.lgs. 159/2011 per violazione dell'art. 117 Cost. in relazione al parametro interposto dell'art. 1, Protocollo 1 add. CEDU: i presupposti applicativi che in questo caso legittimano la limitazione del diritto di proprietà sono, infatti, ancor più vaghi di quelli delle ipotesi di pericolosità generica, consistendo unicamente negli "accertamenti disposti dal Prefetto".

The ECtHR judgment De Tommaso vs. Italy cast serious doubts on the legitimacy of the Italian preventive measures system, by holding that the very idea of a "generic dangerousness" is too vague to be compatible with Art. 2 Prot. 4 ECHR. This paper explores the possible consequences of the holding in De Tommaso on the administrative measures aimed at combating mafia-type organization in Italy. In particular, in the light of De Tommaso there are now sound reasons to believe that the bans based on Art. 84, comma 4 lett. d) and e) of Legislative Decree No. 159/2011 are based on requirements that are inconsistent with the legality principle enshrined, inter alia, in Art. 1 Prot. 1 ECHR.

SOMMARIO

1. La sentenza della Corte EDU De Tommaso ed i suoi effetti sulla disciplina in materia di misure di prevenzione. – 2. Oltre la prevenzione *praeter delictum*: il vuoto di garanzie dell'interdittiva antimafia. – 3. Il *dictum* della Corte EDU può avere ricadute anche in questa materia? – 4. Il caso limite della c.d. interdittiva 'generica'. – 5. La sua irriducibile compatibilità con le esigenze di predeterminazione legale delle misure limitative dei diritti fondamentali riconosciuti nella CEDU. – 6. Il superamento della precedente giurisprudenza del Consiglio di Stato. – 7. Gli argomenti ulteriori desumibili dagli analoghi problemi sorti in materia di misure di prevenzione patrimoniali. – 8. Verso la questione di legittimità costituzionale dell'art. 84, comma 4 d.lgs. n. 159/2011 per contrasto con l'art. 117 Cost. in relazione all'art. 1, Protocollo 1 add. CEDU.

1. La sentenza della Corte EDU De Tommaso ed i suoi effetti sulla disciplina in materia di misure di prevenzione.

La sentenza De Tommaso si è abbattuta come un autentico uragano sul sistema delle misure di prevenzione delineato dal nostro codice antimafia sulle basi della pregressa disciplina di cui alla l. n. 1423/1956¹, demolendo con poche, ineccepibili, argomentazioni alcune sue significative tessere che, per decenni – dopo una prima coraggiosa scalfitura operata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 177/1980² – avevano resistito tetragone alle numerose, fondate, obiezioni di legittimità costituzionale avanzate reiteratamente da larga parte della dottrina³.

Grazie alla decisione della Corte di Strasburgo (per il cui approfondimento si rinvia ai tanti contributi contenuti in questa rivista) è stato infatti, smascherato uno dei principali *vulnera* che affliggeva l'anacronistica disciplina della prevenzione *praeter delictum*, vale a dire la possibilità di irrogare nei confronti del proposto misure limitative di suoi diritti fondamentali in presenza di presupposti talmente vaghi ed indeterminati da non rendere concretamente prevedibile per il destinatario una simile eventualità.

Comè noto, la Corte EDU in quella occasione ha condannato l'Italia, in primo luogo, poiché la disciplina dettata dall'art. 1, lett. a) e b) della legge n. 159/2011 consentiva di disporre la misura della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno nel comune di residenza anche nei casi di c.d. pericolosità generica, vale a dire, rispettivamente, nelle ipotesi di soggetto dedito abitualmente dedito a traffici delittuosi e di persona che viva abitualmente con i proventi di attività delittuose; in secondo luogo, perché considerava non compatibile con i principi di determinatezza e prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie il contenuto di talune prescrizioni che – ai sensi dell'art. 8 del codice antimafia – devono, o possono, essere imposte all'interessato, ritenendo, in particolare, estremamente vaghe quelle di “vivere onestamente” e di “rispettare le leggi”.

¹ Per dei primi commenti si veda A.M. MAUGERI, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte Europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della "legge", ma una rondine non fa primavera*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3/2017, 13 ss.; F. VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Dir. pen. cont.*, 3 marzo 2017, 1 ss.; R. MAGI, *Per uno statuto unitario dell'apprezzamento della pericolosità sociale. Le misure di prevenzione a metà del guado*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3/2017, 133 ss.; F. MENDITTO, *La sentenza De Tommaso contro Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, ivi, fasc. 4/2017, 127 ss.; V. MAIELLO, *De Tommaso c. Italia e la cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in *questa Rivista*, 2017, 1039; F.P. LASALVIA, *Le misure di prevenzione dopo la Corte EDU De Tommaso*, in *www.archiviopenale.it*, 25 maggio 2017, 1 ss.

² La Corte costituzionale in quell'occasione dichiarò, infatti, l'illegittimità costituzionale di una disposizione allora vigente, per contrasto con i principi di intangibilità della libertà personale e di legalità di cui agli artt. 13 e 25, comma 2 Cost., nella parte in cui consentiva l'applicazione delle misure di prevenzione a coloro che “per le manifestazioni cui abbiano dato luogo, diano fondato motivo di ritenere che siano proclivi a delinquere”.

³ In proposito si rinvia, *ex multis*, ai contributi raccolti negli *Atti del V Convegno nazionale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale*, Milano, 18/19 novembre 2016, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 399 ss.; ai lavori contenuti nello speciale *Le misure di prevenzione dopo il c.d. codice antimafia: aspetti sostanziali e procedurali*, a cura di F. BASILE, in *Giur. it.*, 2015, 1520; a V. MAIELLO, *La prevenzione ante-delictum: lineamenti generali*, in *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, a cura di V. MAIELLO, Torino, 2015, 299 ss.; A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001; D. PETRINI, *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure praeter delictum*, Napoli, 1996; G. FIANDACA, *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1994, 109 ss.; M. FATTORE, *Così lontani, così vicini: il diritto penale e le misure di prevenzione*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 4/2017, 83 ss.; nonché, in tempi più risalenti, F. BRICOLA, *Forme di tutela ante delictum e profili costituzionali della prevenzione*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione*, Milano, 1975, 434 ss.; L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962; P. NUVOLONE, *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, vol. XXVI, Milano, 1976, 630 ss.; G. VASSALLI, *Misure di prevenzione e diritto penale*, in *Studi in onore di Biagio Petrocchi*, III, Milano, 1972, 1591 ss.

Ciò ha riverberato immediatamente (seppure con qualche resistenza⁴) effetti dirompenti sul versante del diritto interno: da un lato, innescando una questione di legittimità costituzionale avverso le misure di prevenzione personali (ed anche patrimoniali) incentrate sulla pericolosità generica di cui all'art. 1, lett. a) e b) l. n. 159/2011 per violazione dell'art. 117 Cost. in riferimento all'art. 2, del Protocollo 4 addizionale CEDU e all'art. 1, del Protocollo 1 addizionale CEDU⁵; dall'altro, stimolando una decisione delle Sezioni unite che, brandendo l'arma sovente trascurata dell'interpretazione convenzionalmente conforme, ha ritenuto che la norma incriminatrice di cui all'art. 75 d.lgs. n. 159/2011, che punisce la condotta di chi violi gli obblighi e le prescrizioni imposti con la misura di prevenzione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza ai sensi dell'art. 8 del d.lgs. n. 159/2011, non possa avere ad oggetto anche la violazione delle prescrizioni di "vivere onestamente" e "rispettare le leggi", in quanto trattasi di prescrizioni generiche e indeterminate, la cui violazione può tuttavia rilevare in sede di esecuzione del provvedimento ai fini dell'eventuale aggravamento della misura⁶.

I colpi di maglio così assestati ad un istituto da sempre ritenuto difficilmente compatibile con il volto costituzionale di un moderno diritto penale di ispirazione democratica hanno ovviamente catalizzato le attenzioni della dottrina che si è prodigata nel sondare le potenzialità espansive del *dictum* di Strasburgo anche su altri piani, altrettanto compromessi, della disciplina delle misure di prevenzione personali e patrimoniali del codice antimafia.

2. Oltre la prevenzione *praeter delictum*: il vuoto di garanzie dell'interdittiva antimafia.

Nelle pieghe del nostro ordinamento giuridico, però, si celano altre misure latamente sanzionatorie *praeter delictum*, ispirate ad analoghe finalità preventive, collocate sistematicamente nel medesimo *corpus* legislativo, ma – se è possibile – avvolte da nebbie ancor più fosche di quelle che ammantano le misure di prevenzione, essendo governate da una disciplina ancor meno garantista: ci riferiamo all'informazione antimafia interdittiva (di seguito 'interdittiva antimafia') di cui agli artt. 84 e 91 d.lgs. n. 159/2011, che – nonostante l'elevatissimo tasso di afflittività (essa determina l'interdizione dell'inizio o della prosecuzione di qualsivoglia rapporto con l'Amministrazione o l'ottenimento di qualsiasi sussidio, beneficio economico o sovvenzione e, quindi, può portare alla 'morte' dell'impresa se questa lavora esclusivamente nel settore degli appalti pubblici) – si colloca, per deprecabile ed incontrovertibile consuetudine interna, al di fuori del concetto allargato di 'materia penale'⁷; è affidata – in ragione di una 'base legale' molto elastica – alla discrezionalità pressoché arbitraria non del potere giudiziario, ma addirittura del Prefetto; e non beneficia del controllo garantista del giudice penale neanche in sede di gravame, spettando la competenza alla giustizia amministrativa chiamata ad operare una mera valutazione formale di legittimità della sussistenza dei labili presupposti applicativi.

Sorge allora spontanea una domanda: può il principio di diritto enunciato dalla Corte EDU nella sentenza De Tommaso in materia di misure di prevenzione personali *ante de-*

⁴ Una parte della giurisprudenza (Trib. Milano, Sez. misure di prevenzione, 7 marzo 2017, in *Dir. pen. cont.*, 13 aprile 2017, con nota di S. FINOCCHIARO, *Come non detto. Per il Tribunale di Milano la sentenza della Grande Camera de Tommaso in materia di misure di prevenzione non integra un precedente consolidato*; Trib. Palermo, Sez. I misure di prevenzione, ivi, 28 marzo 2017, con nota di F. BALATO, *Su talune recenti prese di distanza dalla sentenza della Corte EDU de Tommaso da parte della giurisprudenza di merito*) ha provato a 'stemperare' la portata della sentenza De Tommaso utilizzando l'arma difensiva del diritto consolidato, forgiata dalla sentenza della Corte costituzionale n. 49/2015 nel noto e irrisolto caso Varvara, dimenticando, però, – come giustamente osservato da M. PELISSERO, *La 'fattispecie di pericolosità': i presupposti di applicazione delle misure e le tipologie soggettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 467, che in questo caso si tratta di una sentenza della Grande Camera su una questione che sollevava gravi problemi di interpretazione.

⁵ In tal senso cfr. Corte d'appello di Napoli, VIII Sez. pen., Misure di prevenzione, ord. 14 marzo 2017, Pres. Grasso, Est. Cioffi, in *Dir. pen. contasc.* 3/2017, con commento di F. VIGANÒ, *Illegittime le misure di sicurezza personali e patrimoniali fondate su fattispecie di pericolosità generica? Una prima ricaduta interna della sentenza De Tommaso*.

⁶ In questi termini v. Cass., Sez. Un., 27 aprile 2017, n. 40076, Paternò, in *questa Rivista*, fasc. 9/ 2017, con commento di F. VIGANÒ, *Le Sezioni Unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione alla luce della sentenza De Tommaso: un rimarchevole esempio di interpretazione conforme alla CEDU di una fattispecie di reato*, 1 ss.

⁷ Sul principio di legalità nel diritto amministrativo si rinvia *ex multis* a G. CORSO, *Il principio di legalità*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 3 ss.; A. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. Amm.*, 1999, 111 ss.

lictum avere una capacità di penetrazione nel diritto interno tale da iniettare i suoi riflessi anche in campi altri, quale quello meramente 'amministrativo' dell'interdittiva antimafia?

È possibile, cioè, che anche in questo caso esistano talune ipotesi di informazione interdittiva che si fondino su presupposti talmente vaghi ed elastici da poter essere considerate illegittime?

E se sì alla stregua di quali parametri convenzionali?

3. Il *dictum* della Corte EDU può avere ricadute anche in questa materia?

Le ragioni di questo dubbio originano da un'analisi sinottica della prima parte della sentenza De Tommaso – quella dedicata alla incompatibilità tra la pericolosità generica e la misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale – e della disciplina dettata per l'informativa antimafia interdittiva dagli artt. 84 e 91 d.lgs. n. 159/2011.

Sotto il primo versante, infatti, si può constatare come la condanna dell'Italia non si incentri in questa occasione sui percorsi argomentativi classici da cui sono scaturite negli ultimi anni le più rilevanti decisioni della Corte di Strasburgo che hanno inciso *in bonam partem* la materia 'sostanzialmente' penale.

I parametri impiegati per ravvisare la violazione della CEDU da parte della disciplina nazionale della misura di prevenzione della sorveglianza speciale non sono stati, cioè, quelli consueti e schiettamente 'penalistici' della intangibilità della libertà personale di cui all'art. 5 CEDU, del diritto ad un equo processo *volet pénal* di cui all'art. 6 CEDU e della legalità convenzionale di cui all'art. 7 CEDU, bensì quello ben diverso ed 'extrapenale' delle altre libertà fondamentali enunciate nella Convenzione e nei suoi Protocolli e, segnatamente, della libertà di circolazione delle persone di cui all'art. 2, Protocollo 4 CEDU⁸.

Per la Corte EDU queste misure *praeter delictum* personali del codice antimafia, pur non avendo natura penale e non ponendo, quindi, problemi di frizione con l'art. 5 CEDU (nonostante la diversa opinione del giudice Pinto de Albuquerque), incidono sulla libertà di circolazione all'interno di un dato territorio, nonché sul diritto di lasciare tale territorio, di cui all'art. 2, comma 4, Protocollo 4 CEDU, a causa della vaghezza di taluni loro presupposti applicativi, quelli delle c.d. fattispecie di pericolosità generica prima menzionati. Pur non godendo, cioè, queste misure degli stessi elevatissimi livelli di garanzia assicurati dalla Convenzione EDU alle sanzioni sostanzialmente penali, esse devono sempre essere predeterminate in maniera espressa e chiara dalla legge, onde garantirne la prevedibilità della loro applicazione ed il rispetto del giusto equilibrio tra l'interesse pubblico, da un lato, e i diritti della persona, dall'altro⁹.

Ed infatti, secondo il costante orientamento della Corte, l'espressione "prevista dalla legge" contenuta nell'art. 2, § 3, Protocollo 4 CEDU (che – come si vedrà *infra* – compare anche nell'art. 1, Protocollo 1 CEDU) esige non solo che la misura contestata abbia qualche base nel diritto interno, ma che siano chiaramente definiti i suoi presupposti in modo tale da essere sempre accessibile alle persone interessate, e prevedibili i suoi effetti (si vedano in tal senso le decisioni richiamate dalla stessa sentenza De Tommaso: Khlyustov c. Russia, n. 28975/05, § 68, 11 luglio 2013; X c. Lettonia [GC], n. 27853/09, § 58, CEDU 2013; Centro Europa 7 S.r.l. e Di Stefano c. Italia [GC], n. 38433/09, § 140, CEDU 2012; Rotaru c. Romania [GC], n. 28341/95, § 52, CEDU 2000-V; e Maestri c. Italia [GC], n. 39748/98, § 30, CEDU 2004-I).

Orbene, proprio perché la decisione adottata in questa occasione dalla Corte di Strasburgo si distacca dalla tradizionale dicotomia ad imbuto 'penale/non penale' essendo, altresì, ancorata alla più ampia esigenza di prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie incidenti su diritti fondamentali di marca convenzionale 'altri' rispetto alla libertà personale, sembra legittimo estenderla anche ad un altro istituto particolarmente problematico e ancor più acriticamente considerato estraneo alla nozione 'sostanziale' di materia penale quale è l'interdittiva antimafia.

⁸ Sul punto cfr. F. VIGANÒ, *Art. 2 Prot. 4*, in G. UBERTIS-F. VIGANÒ, *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, 2016, 353 ss.

⁹ In tal senso Corte EDU, Battista c. Italia, n. 43978/09, 2 dicembre 2014, § 37.

fia¹⁰.

Sotto il secondo versante, quello della disciplina dell'interdittiva antimafia, è invece possibile riscontrare nelle disposizioni di legge che la regolamentano la presenza di figure ipotecate dallo stesso identico problema, forse in maniera ancor più evidente: quello della genericità e vaghezza dei presupposti applicativi.

Com'è noto, l'informativa antimafia (oggi conosciuta nella sola forma c.d. tipica, essendo stata abrogata l'altra ipotesi alternativa c.d. 'atipica', i cui effetti non erano cogenti per la p.a., ma le lasciavano un margine di discrezionalità valutativa sull'opportunità di interrompere o meno i rapporti in essere con i destinatari del provvedimento) costituisce uno dei principali strumenti di contrasto di tipo preventivo al coinvolgimento di organizzazioni criminali mafiose nell'ambito dei rapporti economici tra Pubblica Amministrazione e privati, determinando la loro interruzione nei casi di tentativi di infiltrazione. Con la sua adozione, infatti, il Prefetto esclude che un imprenditore – pur dotato di adeguati mezzi economici e di una adeguata organizzazione ed a prescindere da una condanna penale – meriti la fiducia delle Istituzioni e possa essere, quindi, titolare di rapporti contrattuali con le pubbliche Amministrazioni o degli altri titoli abilitativi, individuati dalla legge, determinando, altresì, la decadenza di qualsiasi di relazione di questo tipo¹¹.

Come bene evidenziato dalla giurisprudenza amministrativa sul punto, l'informativa antimafia ha natura "cautelare e preventiva", cercando di intervenire *ex ante*, in un'ottica di bilanciamento tra la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica, da un lato, e la libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.), dall'altro, rispetto a tentativi di infiltrazione mafiosa tesi a condizionare le scelte e gli indirizzi della Pubblica Amministrazione. La sua *ratio* infatti è costituita dalle plurime esigenze di garanzia del buon andamento, dell'imparzialità e della legalità dell'Amministrazione, nonché della leale concorrenza nel mercato e del corretto utilizzo di risorse pubbliche¹².

4.

Il caso limite della c.d. interdittiva 'generica'.

Tuttavia, se si analizza più nel dettaglio l'articolata disciplina dettata dai vari commi in cui si scompone l'art. 84 del codice antimafia è possibile intravedere in controluce l'esistenza nel nostro ordinamento di due tipologie di interdittiva antimafia, a seconda dei distinti presupposti da cui desumere gli "eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate": un'interdittiva che potremmo definire specifica ed un'interdittiva che potremmo denominare generica.

La prima sarebbe quella descritta dal comma 4 lettere *a)*, *b)*, *c)* ed *f)*, in cui il Prefetto può evincere la sussistenza di un tentativo di infiltrazione mafiosa in un'impresa sulla scorta di dati oggettivi che ne vincolano la discrezionalità e ne garantiscono la prevedibilità degli eventuali provvedimenti adottati e cioè: "a) dai provvedimenti che dispongono una misura cautelare o il giudizio, ovvero che recano una condanna anche non definitiva per taluni dei delitti di cui agli articoli 353, 353-bis, 629, 640-bis, 644, 648-bis, 648-ter del codice penale, dei delitti di cui all'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale e di cui all'articolo 12-*quinq*ues del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306 convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356; b) dalla proposta o dal provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione; c) salvo che ricorra l'esimente di cui all'articolo 4 della legge 24 novembre 1981, n. 689, dall'omessa denuncia all'autorità giudiziaria dei reati di cui agli articoli 317 e 629 del codice penale, aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, da parte dei soggetti indicati nella lettera b) dell'articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste; (...) f) dalle sostituzioni negli organi sociali, nella rappresentanza

¹⁰ Seppure con riferimento ad un ambito diverso e, segnatamente, quello delle sanzioni previste in materia di incentivi agli impianti fotovoltaici dall'art. 43, d.lg. n. 28/2011, l'estensione delle garanzie penalistiche al sistema sanzionatorio amministrativo è stata sostenuta da F. GOISIS, *Nuove prospettive per il principio di legalità in materia sanzionatoria-amministrativa: gli obblighi discendenti dall'art. 7 CEDU*, in *Foro amm.-TAR*, 4/2013, 1228 ss.

¹¹ Da ultimo, in tal senso v. Cons. St., Sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743.

¹² Così Cons. Stato, sez. III, 31 dicembre 2014, n. 6465; sul punto cfr. D. GIANNINI, *Le interdittive antimafia*, in [questa pagina web](#). In argomento, cfr. G. FERRARI-L. TARANTINO, *Interdittiva antimafia*, in *Urb. app.*, 2015, 856 ss.

legale della società nonché nella titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie, effettuate da chiunque conviva stabilmente con i soggetti destinatari dei provvedimenti di cui alle lettere a) e b), con modalità che, per i tempi in cui vengono realizzati, il valore economico delle transazioni, il reddito dei soggetti coinvolti nonché le qualità professionali dei subentranti, denotino l'intento di eludere la normativa sulla documentazione antimafia”.

La seconda, invece, sarebbe quella delineata dalle restanti lettere d) ed e) del medesimo art. 84, comma 4 del codice antimafia, in cui il Prefetto può desumere la sussistenza del già labile dato del ‘tentativo di infiltrazione mafiosa’ non sulla base di parametri definiti ed oggettivi, bensì sulla base di presupposti vaghissimi e imprecisati e, cioè: “d) dagli accertamenti disposti dal prefetto anche avvalendosi dei poteri di accesso e di accertamento delegati dal Ministro dell'interno ai sensi del decreto-legge 6 settembre 1982, n. 629, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 ottobre 1982, n. 726, ovvero di quelli di cui all'articolo 93 del presente decreto; e) dagli accertamenti da effettuarsi in altra provincia a cura dei prefetti competenti su richiesta del prefetto precedente ai sensi della lettera d)”.

Ebbene, se il primo tipo di interdittiva, quella c.d. specifica, (usando il setaccio grosso normalmente impiegato dalla CEDU e dalla Corte costituzionale per compiere valutazioni analoghe) pare immune da possibili censure alla luce della sentenza De Tommaso, in ragione della espressa e chiara previsione dei suoi presupposti applicativi, dei fini legittimi che si prefigge e della sua ineluttabile necessità anche in una società democratica – poiché consente di tutelare interessi di rango superiore quali l'ordine pubblico economico, la libera concorrenza delle imprese ed il buon andamento della P.A. –, non altrettanto può dirsi per il secondo tipo di interdittiva, quella c.d. generica.

L'assoluta indeterminazione delle condizioni che possono consentire al Prefetto di emettere un'informativa antimafia ‘generica’ appare, infatti, davvero poco sostenibile in un ordinamento democratico che rifugge da antichi spettri di diritto di polizia e di ‘pene’ del sospetto e voglia ancorare qualsiasi provvedimento restrittivo di diritti fondamentali a basi legali precise e predeterminate.

Tuttavia, la sua tradizionale qualificazione non penale, fondata sulla opinabile ma granitica prevalenza riconosciuta alle sue spiccate finalità preventive di tutela rispetto all'elevato grado di afflittività che la contraddistingue (la sua adozione può, invero, sostanzialmente cessare delle attività di un'impresa con tutto ciò che ne consegue sul versante economico ed occupazionale, soprattutto quando si tratti di società di grandi dimensioni), ha inibito qualsiasi sindacato sulla sua compatibilità con i principi garantisti che governano la materia penale e, quindi, in ottica CEDU con quelli scanditi dagli artt. 5, 6 e 7 CEDU.

5. La sua irriducibile compatibilità con le esigenze di predeterminazione legale delle misure limitative dei diritti fondamentali riconosciuti nella CEDU.

La sentenza De Tommaso, però, potrebbe consentire di superare questa *impasse*, restituendo finalmente razionalità alla disciplina dell'informativa antimafia c.d. ‘generica’, in ragione delle innovative cadenze argomentative di cui si è detto prima.

Se, cioè, in base al suo *dictum* ogni misura che attinge i diritti fondamentali della persona enunciati nelle fonti convenzionali deve necessariamente essere agganciata a presupposti legali precisi e determinati, tali da renderne prevedibile la concreta applicazione, ben si comprende come l'interdittiva che abbiamo definito generica, quella di cui all'art. 84, comma 4 lett. d) ed e) d.lgs. n. 159/2011, risulti convenzionalmente illegittima.

Essa, infatti, pur determinando una compressione considerevole, talvolta draconiana, di diritti fondamentali quale quello di proprietà di cui all'art. 1, Protocollo 1 CEDU – la cui accezione oggi in ambito convenzionale è estremamente ampia, arrivando a ricomprendere sia i “beni esistenti” che i valori patrimoniali, ivi compresi, in determinati casi ben definiti, i crediti. (Corte dir. uomo 7 luglio 2011, Agrati c. Italia) –, oltre a quello di libertà iniziativa economica garantito dalla Costituzione e dal Trattato UE, può essere disposta sulla base di presupposti ancor più generici di quelli giudicati inadeguati dalla Corte di Strasburgo per le misure di prevenzione personali. In questo caso, addirittura, l'imprenditore non è messo in condizione di sapere quali siano, al di fuori delle classi di fatti tassativamente elencate nelle

altre lettere dell'art. 84, le situazioni che possano mettere in condizione il Prefetto di desumere un tentativo di infiltrazione mafiosa nella sua azienda¹³. Se, invero, nell'art. 1, lett. a) e b) d.lgs. n. 159/2011 si fa riferimento almeno a dei parametri poi giudicati inidonei¹⁴ quali quello del 'vivere abitualmente dei proventi illeciti' e dell'essere abitualmente dedito a traffici delittuosi', in tale ipotesi non esiste alcuna base legale, consentendo l'art. 84, comma 4, lett. d) ed e) di desumere i tentativi di infiltrazioni *sic et simpliciter* "dagli accertamenti disposti dal prefetto": null'altro!

Ed allora se sono stati considerati inadeguati in termini di prevedibilità i presupposti della pericolosità generica, *a fortiori* lo saranno quelli della interdittiva antimafia c.d. generica, non contemplando essi alcun parametro oggettivo, anche il più indeterminato, che possa in qualche modo definire il margine di apprezzamento discrezionale del Prefetto, rendendo così del tutto imprevedibile la possibile adozione della misura.

Ancor più che per le misure di prevenzione, il destinatario del provvedimento prefettizio finisce con l'essere esposto all'arbitrio dell'organo amministrativo competente a rilasciare l'informativa, correndo il rischio di vedere dissolti in un istante, sulla base della sua decisione potestativa unilaterale, i crediti eventualmente vantati nei confronti della pubblica amministrazione per le opere o i servizi che, in seguito ad una gara di appalto regolarmente vinta o altro rapporto legalmente instaurato, stava sino a quel momento eseguendo o prestando, o si accingeva a farlo ecc.

In base alla disciplina di cui all'art. 84, comma 4 lett. d) ed e), infatti, anche un imprenditore che non sia stato destinatario di una misura cautelare o di una sentenza di condanna per reati particolarmente gravi, oppure attinto da una misura di prevenzione antimafia, si trova ugualmente esposto al rischio enorme ed imprevedibile di vedersi negare l'informativa antimafia e, quindi, di dover perdere i propri contratti in corso con le pubbliche amministrazioni, tutte le volte in cui le 'libere indagini' svolte dal Prefetto in assenza di contraddittorio e di decisione di un giudice terzo possano, in perfetto stile inquisitorio, lasciare emergere dati di fatto da questi soggettivamente interpretabili come sintomatici di un tentativo di infiltrazione mafiosa; tentativo che, peraltro, si badi potrebbe essere anche inidoneo o ordito alle spalle dell'imprenditore.

È bene tener presente che il nocimento che può derivare ai beni patrimoniali del destinatario del provvedimento può assumere proporzioni vastissime e a volte 'demolitive' per l'intera impresa come, ad esempio, nell'ipotesi in cui questa abbia dimensioni considerevoli e lavori esclusivamente o prevalentemente su commesse pubbliche: l'entità del danno economico conseguente all'adozione di un'interdittiva potrebbe aggirarsi su valori superiori a quelli di qualsiasi sanzione patrimoniale penale, anche la temutissima confisca per equivalente, riguardando l'intero 'portafoglio' delle sue attività, non solo quelle 'connesse' direttamente o meno con il reato, e determinando così il suo stato di decozione prodromico al fallimento o all'estinzione dell'impresa.

Ma si può davvero tollerare che una misura così restrittiva di libertà fondamentali dell'imprenditore e gravida di effetti devastanti sulle sue attività e sulla sua situazione economico-patrimoniale, nonché sulla situazione occupazionale dei suoi dipendenti, possa essere affidata ad una decisione arbitraria del Prefetto a causa di una disposizione di legge che non ne indica neanche sommariamente i presupposti e che cumula nelle sue mani poteri inquirenti e poteri decisionali?

Si può assistere all'adozione di provvedimenti amministrativi prefettizi distruttivi di realtà aziendali, anche accreditate nel panorama economico-finanziario, sulla base di materiale indiziario labile ottenuto tramite accertamenti disposti dallo stesso organo deliberante magari su un'altra impresa solo in qualche modo ad essa collegata (la c.d. interdittiva a cascata)?

Si può sopportare che una misura di questo tipo sia nella sostanza del tutto imprevedibile per il potenziale destinatario ed affidata allo smisurato potere investigativo e decisionale del Prefetto?

La risposta a tutti questi quesiti sembra dovere essere sempre negativa, proprio grazie alla pregnanza del principio di diritto enunciato dalla sentenza De Tommaso.

¹³ In tal senso si veda Cons. St., Sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743, che afferma espressamente come gli elementi su cui fondare l'informativa antimafia costituiscano un 'catalogo aperto'.

¹⁴ Il § 117 della motivazione della sentenza De Tommaso, infatti, ha ritenuto non soddisfatto il requisito della "previsione legale" in quel caso poiché quelle fattispecie di pericolosità generica non identificavano chiaramente "gli elementi fattuali e le specifiche tipologie di condotta che devono essere prese in considerazione per valutare la pericolosità sociale dell'individuo".

Se, cioè, per la Corte EDU la predeterminazione legale, chiara, precisa e prevedibile dei presupposti applicativi è condizione necessaria di legittimità convenzionale della disciplina interna in materia di misure di prevenzione personali, a maggior ragione lo stesso deve valere anche per l'interdittiva antimafia 'generica', la cui applicazione – oltre ad essere sottratta al giudice penale, cui non compete neanche il sindacato in fase di gravame, a differenza delle misure di prevenzione che sono proposte dal questore ma adottate dal giudice penale avverso il cui provvedimento è possibile ricorrere in Cassazione – prescinde da quegli elementi di fatto, *alias* indizi di reato, che pur sempre (teoricamente) dovrebbero legittimare le prime.

Ancor più di queste ultime, infatti, l'informazione interdittiva antimafia 'generica' si presenta come un provvedimento costitutivo ampiamente discrezionale, ai limiti dell'arbitrio assoluto, dalla natura manifestamente indiziaria (nonostante il diverso avviso del Consiglio di Stato, che, invece, la ritiene agganciata ad idonei e specifici elementi di fatto, che singolarmente o nel loro complesso, esprimono obiettivi indici di rischio di collegamenti del destinatario con la criminalità organizzata¹⁵), fondata su fatti aventi le caratteristiche di gravità, precisione e concordanza, dai quali, sulla base della regola causale elastica del «più probabile che non»¹⁶, il Prefetto constata obiettive ragioni di insussistenza della perdurante fiducia sull'affidabilità e moralità dell'imprenditore.

Se allora si tratta di una misura caratterizzata da un grado di afflittività pari o superiore rispetto a quello delle misure di prevenzione, ma di uno statuto garantista ancor più diafano, la estensibilità della sentenza De Tommaso pare essere non una mera eventualità, bensì un esito obbligato.

6. Il superamento della precedente giurisprudenza del Consiglio di Stato.

Mutatis mutandis, infatti, anche per l'informazione antimafia sembrano valere le stesse identiche argomentazioni impiegate nei § 107 ss. della sentenza De Tommaso per fondare la condanna dell'Italia per la disciplina interna in materia di prevenzione personale.

Anche nella situazione descritta dagli artt. 84, comma 4 lett. *d* ed *e*) e 91, comma 6 d.lgs. n. 159/2011, ci si trova al cospetto di una norma che non può essere considerata una “legge” secondo i parametri qualitativi convenzionali, essendo priva di quel livello minimo di precisione che consente ai cittadini di regolare le proprie condotte in conformità o difformità rispetto alle sue pretese e di essere in grado – se necessario, anche mediante appropriata consulenza – di prevedere, a un livello ragionevole nelle specifiche circostanze, ma senza richiedersi l'assoluta certezza, le conseguenze che un determinato atto può comportare.

A nulla valgono a ridurre la vaghezza dei presupposti dell'interdittiva generica le specificazioni contenute nell'art. 91, comma 6 d.lgs. n. 159/2011 in base al quale il Prefetto può, altresì, desumere il tentativo di infiltrazione mafiosa da provvedimenti di condanna anche non definitiva per reati strumentali all'attività delle organizzazioni criminali unitamente a concreti elementi da cui risulti che l'attività d'impresa possa, anche in modo indiretto, agevolare le attività criminose o esserne in qualche modo condizionata, nonché dall'accertamento delle violazioni degli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari di cui all'articolo 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136, commesse con la condizione della reiterazione prevista dall'articolo 8-bis della legge 24 novembre 1981, n. 689. Questa disposizione, infatti, contiene un catalogo ulteriore di situazioni di fatto da cui è possibile desumere le infiltrazioni mafiose in un'impresa, ma contiene una clausola di chiusura amplissima che finisce con il sortire il medesimo effetto estensivo dell'art. 84, comma 4, lett. *d*) ed *e*), consentendo al Prefetto di avvalersi di qualsiasi 'elemento concreto' da cui risulti il tentativo di condizionamento mafioso delle attività dell'impresa¹⁷.

Se, allora, si può continuare a ritenere ragionevole – nel solco dell'orientamento classico del

¹⁵ In tal senso Cons. St., Sez. III, 29 febbraio 2016, n. 868.

¹⁶ Così Cons. St., Sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743 cit. Sul punto, da ultimo cfr., Cons. St., Sez. III, 7 luglio 2016, n. 3009, in cui è stato ribadito che è sufficiente provare come “risulti non illogico ed attendibile l'apprezzamento della sussistenza del pericolo di condizionamento dell'impresa derivante dalla infiltrazione mafiosa”.

¹⁷ Sul problema specifico dei margini amplissimi di apprezzamento rimessi al Prefetto cfr. Cons. St., Sez. III, 9 febbraio 2017, n. 565, in *Urb. app.*, 2017, 223 ss., con nota di P. TONNARA, *Infiltrazioni mafiose e discrezionalità del Prefetto*; in argomento, in chiave più generale, si veda anche R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, 1990, *passim*.

Consiglio di Stato¹⁸ – che tale misura, in forza della sua finalità preventiva, non debba necessariamente collegarsi ad accertamenti in sede penale di carattere definitivo e certi sull'esistenza della contiguità dell'impresa con organizzazione malavitosa¹⁹, e quindi del condizionamento in atto dell'attività di impresa, ma può essere sorretta da elementi sintomatici e indiziari da cui emergano sufficienti elementi del pericolo che possa verificarsi il tentativo di ingerenza nell'attività imprenditoriale della criminalità organizzata, risulta, però, necessario che tali profili indiziari siano in qualche modo predeterminati dal legislatore, rendendo accessibile ai destinatari la gamma dei comportamenti 'a rischio' e, dunque, prevedibile la disposizione della misura da parte del Prefetto. Non ci si può più accontentare – come, invece, ha fatto finora il Consiglio di Stato – “dell'accertamento di relazioni di varia natura con la criminalità, anche risalenti nel tempo, che abbiano valore sintomatico ed indiziario” per disporre il provvedimento interdittivo²⁰ e, addirittura, per estenderlo 'a cascata' ad altre imprese legate da vincoli associativi a quella attinta dalla misura²¹, ampliando così ulteriormente il *deficit* di imprevedibilità della stessa per tale sotto-categoria di destinatari.

Questi problemi non sono appianati neanche dall'orientamento più garantista formatosi nella più recente giurisprudenza amministrativa che ha richiesto quale ulteriore presupposto applicativo per l'interdittiva l'espressa indicazione da parte del Prefetto di “atti idonei diretti in modo non equivoco” (o di “concreti elementi”²²) a conseguire lo scopo di condizionarne le scelte gestionali.

In tal modo, infatti, si è riusciti solo a restringere selettivamente il novero dei casi in cui l'interdittiva può essere disposta, escludendo quelli puramente sintomatici-soggettivi o oggettivi ma inidonei o meramente preparatori, ma non si è risolto a monte il *vulnus* di tipicità relativo alla mancata elencazione della tipologia di atti che, una volta ritenuti idonei ed univoci, possono fondare l'adozione di un'informativa antimafia negativa²³.

Per il Consiglio di Stato, infatti, gli elementi oggettivi e concreti sulla cui scorta si può emanare un'interdittiva antimafia non costituiscono un *numerus clausus*, ma, al contrario, “assumono forme e caratteristiche diverse secondo i tempi, i luoghi e le persone e sfuggono, per l'insidiosa pervasività e mutevolezza, anzitutto sul piano sociale, del fenomeno mafioso, ad un preciso inquadramento. Quello voluto dal legislatore, ben consapevole di questo, è dunque un catalogo aperto di situazioni sintomatiche del condizionamento mafioso”, comprendente i più molteplici e diversi rapporti di parentela, amicizia, colleganza, frequentazione, collaborazione, che per intensità e durata indichino un verosimile pericolo di condizionamento criminale; nonché, tutte le vicende anomale nella formale struttura o nella concreta gestione dell'impresa, sintomatiche di cointeressenza o di condiscendenza dell'impresa e dei suoi soci, amministratori, gestori di fatto con il fenomeno mafioso nelle sue più varie forme²⁴.

Alla luce dell'intervento della Corte di Strasburgo, inoltre, sembrano dissolversi anche le altre osservazioni formulate sino al recentissimo passato dalla già citata sentenza del Consiglio di Stato n. 868/2016, che vedevano nel potere conferito al giudice amministrativo di sindacare l'ampia discrezionalità riservata al Prefetto un sufficiente antidoto ai dubbi di compatibilità con i principi di legalità e di certezza del diritto sollevati dalla disciplina dell'interdittiva: questo controllo, invero, è circoscritto ai soli evidenti vizi di eccesso di potere per manifesta illogicità e erronea e travisata valutazione dei presupposti, non investendo anche il merito e, quindi, gli elementi di fatto ritenuti idonei, singolarmente o nel loro complesso, a rivelare oggettivamente (?) il rischio di collegamenti con la criminalità organizzata.

¹⁸ Cons. St., Sez. III, 5 febbraio 2014, n. 570.

¹⁹ Come chiarito da altra pronuncia del Cons. St., Sez. III, 31 agosto 2016, n. 3754, anzi, “gli elementi posti a base dell'informativa possono essere anche non penalmente rilevanti o non costituire oggetto di procedimenti o di processi penali o, addirittura e per converso, possono essere già stati oggetto del giudizio penale, con esito di proscioglimento o di assoluzione”.

²⁰ Cons. St., Sez. III, 7 luglio 2016, n. 3009, cit.

²¹ Cons. St., Sez. III, 22 giugno 2016, n. 2774.

²² Cons. St., Sez. III, 31 agosto 2016, n. 3754, cit.

²³ In tal senso cfr. CGA, Sicilia, 29 luglio 2016, n. 247; conforme, da ultimo, TAR Sicilia, Palermo, Sez. I, 26 aprile 2017, n. 1143.

²⁴ Cons. St., Sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743.

7.

Gli argomenti ulteriori desumibili dagli analoghi problemi sorti in materia di misure di prevenzione patrimoniali.

Il discorso sulla estensibilità della sentenza De Tommaso alla c.d. interdittiva generica trova un'ulteriore conferma se si tiene conto del fatto che essa, pur riguardando le misure *ante delictum* personali, ha già esercitato una *vis expansiva* sul terreno delle misure di prevenzione *patrimoniali*, inducendo a ritenere che anch'esse, quando fondate sulle fattispecie di pericolosità 'generica', siano "destinate a cadere sotto la medesima scure che ha colpito oggi le parallele misure personali"²⁵. Ed infatti, è stato osservato che anche le limitazioni al diverso diritto convenzionale di proprietà riconosciuto dall'art. 1 Protocollo 1 addizionale CEDU sono legittime solo in quanto "previste dalla legge"; e anche rispetto all'art. 1 prot. add. Cedu la consolidata giurisprudenza di Strasburgo richiede che la base legale risponda ai medesimi requisiti di qualità – in termini, in particolare, di idoneità della normativa a consentire all'interessato di prevedere la misura limitativa del diritto – che valgono per la limitazione di qualsiasi diritto convenzionale²⁶.

Pertanto, lungo questa strada si è incamminata anche la giurisprudenza, come dimostra la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte d'appello di Napoli avverso la disciplina delle misure di prevenzione personali e patrimoniali fondate sulle fattispecie di pericolosità 'generica' disciplinate, oggi, dall'art. 1, lett. a) e b) del d.lgs. n. 159/2011 (c.d. codice antimafia), per contrasto con l'art. 117 Cost., rispettivamente, in relazione a) all'art. 2 Prot. 4 CEDU, ed all'art. 1 Prot. 1 CEDU²⁷.

8.

Verso la questione di legittimità costituzionale dell'art. 84, comma 4 d.lgs. n. 159/2011 per contrasto con l'art. 117 Cost. in relazione all'art. 1, Protocollo 1 add. CEDU.

Sulla scorta di quanto detto sinora, all'orizzonte sembra profilarsi la concreta possibilità che, in un futuro giudizio innanzi alla giustizia amministrativa relativo ad un'informativa antimafia negativa disposta sulla base dei presupposti generici suindicati, sia sollevata una questione di legittimità costituzionale dell'art. 84, comma 4 lett. d) ed e) per violazione dell'art. 117 Cost. in riferimento al parametro interposto dell'art. 1, Protocollo 1 addizionale CEDU, stante la totale assenza di quella 'adeguata base legale' che la Corte di Strasburgo richiede per impedire provvedimenti arbitrari.

Pertanto, rispetto all'interdittiva antimafia si potrebbe porre una questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117 Cost. anche in riferimento all'art. 6 CEDU sull'equo processo.

Siccome il sindacato sulle interdittive prefettizie è sottratto al giudice penale per essere affidato al giudice amministrativo, potrebbe prospettarsi una violazione di questo articolo della Convenzione nel suo c.d. *volet civil*: l'autorità giudiziaria amministrativa, infatti, esercita una funzione di controllo di legittimità e non di merito, tesa a evidenziare nel provvedimento prefettizio eventuali vizi di eccesso di potere per manifesta illogicità e erronea e travisata valutazione dei presupposti, ma non per difetti di opportunità dello stesso, non garantendo così una tutela giurisdizionale effettiva rispetto a provvedimenti fortemente restrittivi di diritti fondamentali, oltre che adottati dallo stesso organo che ha svolto le indagini.

Breve: sembrano aprirsi ancora nuove strade sull'onda della sentenza De Tommaso che meritano di essere battute.

Non è detto che, dopo aver determinato, in maniera tanto diretta, quanto indiretta, il riallineamento del sistema delle misure di prevenzione ai principi garantistici tipici di uno Stato costituzionale di diritto, la stessa decisione possa produrre esiti analoghi nell'ancor più oscuro settore delle interdittive antimafia.

²⁵ Così VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo*, cit.

²⁶ Cfr., sul punto, S. FINOCCHIARO, *Art. 1 Prot. add.*, in G. UBERTIS-F. VIGANÒ, *Corte di Strasburgo*, cit., 327 ss.

²⁷ Corte d'Appello di Napoli, VIII Sez. pen., Misure di prevenzione, ord. 14 marzo 2017, cit.

Responsabilità delle società per reati alimentari. Spunti comparatistici e prospettive interne di riforma

Corporate Liability for Food Crimes. Comparative Law Analysis and Italy Reform Prospects

VINCENZO MONGILLO

*Professore associato di Diritto penale presso l'Università Unitelma Sapienza
vincenzo.mongillo@unitelmasapienza.it*

RESPONSABILITÀ DA REATO DEGLI ENTI COLLETTIVI, REATI ALIMENTARI, MODELLO ORGANIZZATIVO, DIRITTO EUROPEO

CORPORATE CRIMINAL LIABILITY, FOOD CRIMES, COMPLIANCE PROGRAM, EU LAW

ABSTRACT

Lo stato attuale del mercato mondiale degli alimenti, dominato dalle multinazionali del settore e caratterizzato da concentrazione societaria, globalizzazione e finanziarizzazione, rende necessario responsabilizzare direttamente le società commerciali per la realizzazione dei food crimes.

Circa la struttura di tale responsabilità, il paradigma basato sulla carente organizzazione interna appare il più adatto allo scopo ed anche il più coerente con la filosofia ispiratrice della fitta regolamentazione europea in materia alimentare, secondo cui i relativi rischi vanno gestiti dalle imprese con un approccio di tipo preventivo, sistematico e documentato.

La questione della scarsa determinatezza dei requisiti giuridici del modello organizzativo di prevenzione del rischio-reato può essere affrontata sia attraverso un'accorta integrazione legislativa, sia recependo, in sede applicativa, gli indirizzi rivenienti dalla normativa europea, dalla soft law internazionale e dalla standardizzazione privata, che vantano una lunga tradizione nel campo dei sistemi di gestione per la sicurezza alimentare.

Il recente progetto italiano di riforma dei reati in materia agroalimentare, elaborato dalla Commissione Caselli, è apprezzabile per lo sforzo di "codificazione" di un modello organizzativo-tipo dell'impresa alimentare (nuovo art. 6-bis del d.lgs. n. 231/2001). Tuttavia, il potenziamento dell'etero-normazione in questo delicato settore, per il modo in cui è stato tecnicamente congegnato, presenta diverse incongruenze e potrebbe sollevare un nuovo sciame di problemi interpretativi.

Today the world food market is dominated by the food multinationals and characterized by corporate concentration, globalization and financialization. This situation makes it necessary that commercial companies be held liable for the commission of food crimes.

With regard to the structure of corporate criminal responsibility, the paradigm based on the lack of internal organization appears to be the most suitable; moreover it is consistent with the inspiring philosophy of EU food regulation, according to which the relevant risks must be managed by companies in a preventive, systematic and documented manner.

The poor legal certainty of the compliance program requirements can be addressed both through careful legislative reform and by applying, in practice, the guidelines emerging from European law, international soft law and private standardization actors, which have a long tradition in the field of food safety management systems.

The recent Italian draft law on agri-food crimes proposed by the Caselli Commission is an appreciable effort to "codify" a standard organizational model for food enterprises. However the enhancement of hetero-standardization in this crucial sector shows several inconsistencies and it could raise a new wave of interpretative problems.

*Il testo riproduce, con integrazioni e l'aggiunta di note, la versione italiana della relazione al convegno «*Los dos filos de la espada: humanidad de las penas y tutela de intereses globales*», svoltosi il 14 e 15 dicembre 2016 presso la Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real.

SOMMARIO

1. Premessa. – 2. Rilevanza empirico-criminologica dei rischi alimentari e necessità della responsabilizzazione diretta dell'ente societario. – 3. I ritardi europei nell'introduzione della responsabilità delle persone giuridiche per i reati agro-alimentari. Il surrogato individualistico: la responsabilità penale dell'imprenditore o amministratore societario. – 4. L'apparente paradosso: la "riscoperta" della responsabilità individuale del *corporate officer* negli Stati Uniti. – 5. Lo *ius novum* della responsabilità penale o punitiva degli enti collettivi per reati alimentari nell'Europa continentale. – 6. Quale paradigma di responsabilità delle persone giuridiche per i reati alimentari? – 7. La c.d. colpa organizzativa dell'ente: i requisiti generali del modello organizzativo avente efficacia esimente della responsabilità. Un confronto tra Italia e Spagna. – 8. Parametri di riferimento nella costruzione del modello di prevenzione dei reati alimentari. – 8.1. L'apporto della normativa sovranazionale. – 8.1.1. Il carattere cogente delle procedure europee di sicurezza alimentare nell'ordinamento interno e la *soft law* ministeriale. – 8.2. Le novità in materia di gestione della sicurezza alimentare al di là dell'Oceano: l'*U.S. Food Safety Modernization Act 2011*. – 8.3. Il ruolo della standardizzazione privata e della *soft law* internazionale. – 8.4. Dal sistema di gestione della sicurezza alimentare alla prevenzione del rischio di commissione di reati alimentari. – 9. Le proposte della Commissione Caselli (d.d.l. S. 2231) in tema di responsabilità degli enti da reato alimentare. – 9.1. Profili critici. L'alterazione della logica ascrittiva delineata dal d.lgs. n. 231/2001. – 9.2. Dubbi concernenti i requisiti essenziali del modello dell'impresa alimentare. – 9.3. L'ingonfia esclusione dei delitti colposi e delle contravvenzioni in materia alimentare dal novero dei reati-presupposto della responsabilità dell'ente. – 9.4. Imprecisioni lessicali. – 9.5. Il nodo irrisolto dell'organismo di vigilanza sull'attuazione del modello organizzativo nella PMI. – 10. Conclusioni.

1.

Premessa.

La relazione tra l'uomo e il cibo è profondamente mutata nell'ultimo secolo e mezzo, almeno sotto quattro aspetti: le abitudini di consumo; il rapporto tra produttore/venditore e consumatore; la catena alimentare; le tecniche di produzione e trasformazione degli alimenti.

Le ricadute sulla conformazione del diritto penale in materia alimentare sono state inevitabili; basti pensare all'ampio ricorso, in questo settore normativo, alla tecnica del reato di pericolo astratto, per reagire efficacemente alla diffusività dei rischi alimentari¹.

L'ultima frontiera delle strategie di contrasto al crimine di impresa e – per quanto precipuamente interessa in questa sede – dei reati alimentari realizzati in un contesto societario è rappresentata dall'emersione della persona giuridica quale nuovo soggetto della responsabilità penale o, se si preferisce, para-penale.

Nel presente contributo cercheremo di dare risposta, essenzialmente, ai seguenti interrogativi. È necessario il ricorso alla responsabilità penale delle società per i reati alimentari e, se sì, per quali ragioni politico-criminali? Qual è il modello più appropriato di responsabilizzazione delle persone giuridiche? Con riferimento al paradigma della responsabilità *ex crimine* dell'ente collettivo fondato sulla carente organizzazione interna, quali sono i requisiti essenziali che deve soddisfare un modello organizzativo-gestionale di prevenzione dei reati alimentari? In particolare, quali sono gli *standard* a cui è possibile fare riferimento nella costruzione del modello aziendale?

Nel rispondere a tali quesiti, sfrutteremo anche le potenzialità euristiche della comparazione giuridica, analizzando le soluzioni adottate nel principale ordinamento appartenente alla famiglia di *common law*, vale a dire quello statunitense, e altresì in un ordinamento a noi più vicino, come quello spagnolo, che ha recentemente innovato la disciplina della responsabilità penale delle persone giuridiche in modo speculare al diritto italiano.

Nel delineare i contenuti essenziali di un efficace sistema di gestione della sicurezza alimentare, l'analisi si sposterà sulle indicazioni rivenienti dalle fonti sovranazionali, dalla *soft law* internazionale e dalla standardizzazione privata.

Nella parte finale del contributo, sottoporremo a vaglio critico le proposte elaborate dalla Commissione presieduta dal Dott. Gian Carlo Caselli in vista della riforma dei reati in materia agroalimentare, con specifico riferimento a quelle sulla responsabilità degli enti *ex d.lgs.*

¹ Cfr., per tutti, M. DONINI, *Reati di pericolo e salute pubblica*, in L. Foffani – A. Doval Pais – D. Castronuovo (a cura di), *La sicurezza agroalimentare nella prospettiva europea*, Milano, 2014, p. 631 ss.

n. 231/2001².

2.

Rilevanza empirico-criminologica dei rischi alimentari e necessità della responsabilizzazione diretta dell'ente societario.

L'aumento esponenziale dei rischi per la salute e gli interessi economici dei consumatori di alimenti emerge da tutti i dati disponibili.

Secondo quelli recentemente forniti dai *Centers for Disease Control and Prevention* statunitensi, «circa 48 milioni di persone (1 americano su 6) si sono ammalate, 128.000 sono state ricoverate in ospedale, e 3000 muoiono ogni anno per malattie di origine alimentare»³. In Europa, nel 2010, si sono verificate 5.262 epidemie alimentari, con 43.473 casi di malattie infettive trasmesse con gli alimenti e 25 decessi⁴. In generale, si stima che nei paesi industrializzati ogni anno il 30% della popolazione contragga una malattia a trasmissione alimentare⁵.

La crescente propensione per diete ricche di carne è tra i principali fattori d'incremento dei rischi per la salute umana, oltre che per la lealtà commerciale. Tra le emergenze più eclatanti degli ultimi decenni, è agevole ricordare la diffusione, all'inizio del nuovo millennio, dell'agente ESB – encefalopatia spongiforme bovina, per effetto dell'utilizzo di farine provenienti da bovini infetti nell'alimentazione di ruminanti, oppure la casistica relativa ai polli alla diossina in numerosi Paesi europei. Sul versante delle frodi alimentari, è emblematico lo scandalo – deflagrato nel 2013 – della carne equina spacciata per carne di manzo; o, ancora più di recente, della carne bovina e ovina brasiliana, avariata e contraffatta attraverso l'uso di acido ascorbico⁶.

Molti altri cibi, ovviamente, possono rivelarsi pericolosi per la salute: pesce, prodotti lattiero-caseari, dell'ortofrutta, ecc. Si consideri, ad es., la pratica di trattare con additivi (coloranti, edulcoranti o conservanti) e aromi, *ergo* con sostanze chimiche, gli alimenti. Cattive condizioni igieniche possono causare la diffusione, ad es., di listeria nei prodotti lattiero-caseari. L'abuso di pesticidi (prodotti fitosanitari) o antiparassitari nell'agricoltura è riconosciuto come probabile causa dell'incremento di diverse forme tumorali e di alterazioni del sistema endocrino. La produzione industriale e l'inquinamento ambientale accrescono la presenza di sostanze contaminanti negli alimenti, ad es. nitrati, micotossine, metalli pesanti e diossine.

A ciò si aggiunge il dominio della tecnologia sulla produzione agricola. È sufficiente evocare, al riguardo, le incognite sollevate dall'utilizzo di organismi geneticamente modificati⁷.

Inoltre, l'attuale realtà commerciale ha spersonalizzato tanto gli attori della produzione quanto i consumatori che si approvvigionano per lo più presso catene di supermercati dedite alla distribuzione di massa. La massificazione della produzione e della vendita di prodotti alimentari ha anonimizzato anche le catene causali, estremamente frammentate, che possono sfociare in eventi lesivi per la salute dei consumatori.

Ovviamente, la criminalità alimentare non è una novità recente. Essa, anzi, è geneticamente legata alle origini della *corporation*: il romanzo *The Jungle* (1906) di Upton Sinclair, nel descrivere la terribile realtà dei mercati di bestiame nella Chicago di inizio Novecento, è un nitido affresco del tumultuoso capitalismo industriale di quegli anni⁸.

Tre fenomeni nuovi contraddistinguono, però, l'attuale mercato alimentare: concentrazione societaria, globalizzazione e finanziarizzazione dell'industria del cibo.

Secondo stime accreditate, dieci gruppi societari multinazionali, titolari di migliaia di marchi, con un fatturato annuo complessivo pari a 450 miliardi di dollari e 7.000 miliardi di

² Lo *Schema di disegno di legge elaborato dalla Commissione Caselli, recante «Nuove norme in materia di reati agroalimentari»* (pubblicato in *Dir. pen. cont.*), è confluito nel d.d.l. S. 2231, assegnato alla 2ª Commissione permanente (Giustizia) in sede referente il 19 aprile 2016. La sua discussione, però, non è mai iniziata nella XVII legislatura.

³ V. [questa pagina web](#).

⁴ Cfr. i dati del *report* EFSA-ECDC riportati sul sito www.epicentro.iss.it.

⁵ V. [questa pagina web](#), p. 5.

⁶ V. [questa pagina web](#). Circa l'Italia, dati statistici aggiornati sull'attività operativa dei NAS in tema di sicurezza alimentare, nonché sulle infiltrazioni della criminalità organizzata di tipo mafioso nell'agroalimentare, sono reperibili, da ultimo, in Eurispes, *Agromafie. 5° Rapporto sui crimini agroalimentari in Italia*, Bologna, 2017.

⁷ Sulle ricadute penali v., per tutti, G.M. VAGLIASINDI, *Legittimità ed effettività della normativa penale in materia di organismi geneticamente modificati (OGM)*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2012, p. 239 ss.

⁸ L'indignazione popolare suscitata da questo libro fu tra le principali ragioni dell'emanazione del primo *corpus* legislativo statunitense in materia di sicurezza alimentare: *Pure Food and Drug Act* e *Meat Inspection Act*, entrambi del 30 giugno 1906.

capitalizzazione, controllano il 70% circa del mercato mondiale del cibo⁹. La concentrazione riguarda, a monte, anche il settore agricolo, dove proliferano le alleanze strategiche: si pensi alla società Bayer, gigante della chimica e della farmaceutica e *leader* nel settore dei pesticidi, che ha acquisito nel 2016 Monsanto, il maggior produttore di sementi agricole al mondo¹⁰.

Molti gestori di fondi d'investimento e banche d'affari hanno cominciato a puntare sui beni alimentari. Quale contraltare dell'inedita alleanza tra grandi gruppi alimentari e fondi speculativi, le crisi finanziarie possono ormai colpire anche il mercato alimentare. Si pensi alla bolla che nel 2008 ha fatto esplodere, tra l'altro, i prezzi mondiali di derrate alimentari come soia, riso e grano.

Anche per effetto delle logiche della finanza, la filiera alimentare è sempre più mondializzata e la produzione alimentare si allontana viepiù dai luoghi del consumo¹¹.

Queste dinamiche, da un lato, hanno accresciuto il potenziale produttivo e la concorrenza tra le imprese. Dall'altro lato, hanno accentuato i rischi di eventi lesivi ed esternalità negative: frodi alimentari e commercializzazione di alimenti insicuri o dalla genesi incerta; cospicui costi ambientali ed eccessivo sfruttamento di risorse naturali; aumento delle disuguaglianze economiche e stravolgimento degli equilibri sociali d'interesse nazionali. Un attento osservatore ha coniato l'icastica figura delle «aziende-locusta», che stabiliscono con l'ambiente e con i mezzi di produzione – la terra, l'acqua, gli animali d'allevamento – un rapporto puramente estrattivo¹².

Per tutte queste ragioni, è facile intendere perché la criminalità nel settore alimentare oggi si collochi, in modo preponderante, nell'orbita del *corporate crime*, della criminalità delle società commerciali e specialmente delle grandi multinazionali.

Quali sono allora le possibili risposte giuridiche al *food crime* a genesi societaria?

In questa sede ci limitiamo a segnalarne tre: l'estensione della responsabilità penale o punitiva delle imprese esercitate in forma societaria anche ai reati alimentari; l'incentivazione della *compliance* aziendale in materia alimentare; la dilatazione della giurisdizione extraterritoriale per meglio intercettare le condotte illecite realizzate dalle società multinazionali al di fuori del territorio nazionale.

Di seguito, però, ci occuperemo soltanto dei primi due profili, strettamente intrecciati tra loro.

Infatti, la nuova politica criminale in materia agroalimentare, nella consapevolezza dell'incapacità degli apparati pubblici nazionali e sovranazionali di vigilare in modo capillare su tutte le fonti di rischio alimentare, punta a promuovere la collaborazione delle imprese nell'attività preventiva mediante efficaci meccanismi di *compliance* aziendale.

Questa strategia si coniuga perfettamente con la filosofia ispiratrice dell'imponente edificio regolatorio eretto dalla Comunità Europea e – *post* Trattato di Lisbona – dall'UE, che tratta svariate materie secondo una logica integrata: igiene dei prodotti alimentari, prevenzione della contaminazione alimentare da sostanze esterne o materiali a contatto con gli alimenti, etichettatura dei prodotti alimentari, additivi e aromi alimentari, salute degli animali e delle piante, mangimi ed etichettatura dei mangimi, nuovi alimenti, organismi geneticamente modificati.

Ebbene, secondo la politica europea della sicurezza alimentare i controlli *ex ante* devono innestarsi in ogni fase della catena agroalimentare, «dai campi alla tavola»¹³. Con un *duplice obiettivo*: proteggere la salute e gli interessi dei consumatori e favorire il corretto funzionamento del mercato unico europeo.

⁹ Tale stima è tratta da un'indagine del 2014 di Oxfam International, una confederazione di diciotto organizzazioni non governative che si dedicano alla riduzione della povertà globale. Lo studio ha rivelato come 500 grandi marchi alimentari siano in realtà proprietà di dieci multinazionali: Associated British Foods (ABF), Nestlé, PepsiCo, Coca-Cola, Danone, General Mills, Kellogg's, Mars, Mondelez International, Unilever. In Italia, il fenomeno delle concentrazioni è meno pronunciato; il gruppo societario di maggiori dimensioni, attualmente, è Ferrero, con i suoi 10,3 miliardi di euro di fatturato nel 2016.

¹⁰ Tale operazione di fusione è finita, negli ultimi mesi, sotto la lente della Commissione europea e dei servizi antitrust dell'UE.

¹¹ S. LIBERTI, *I signori del cibo. Viaggio nell'industria alimentare che sta distruggendo il pianeta*, Roma, 2016.

¹² *Ibidem*.

¹³ Cfr. Commissione europea, *Le politiche dell'Unione Europea: Sicurezza dei prodotti alimentari*, 2014.

3.

I ritardi europei nell'introduzione della responsabilità delle persone giuridiche per i reati agro-alimentari. Il surrogato individualistico: la responsabilità penale dell'imprenditore o amministratore societario.

Nonostante, come si è appena detto, l'UE sia da molti anni impegnata in una politica europea di sicurezza alimentare (la cui base giuridica attualmente si trova negli artt. 43, 114, 168, par. 4, e 169 del TFUE), nessuno strumento sovranazionale ha mai reclamato espressamente sanzioni penali nei confronti delle persone giuridiche per illeciti alimentari¹⁴. Analoga inerzia è riscontrabile sul versante delle organizzazioni internazionali.

Anche tale assenza di chiari impulsi sovranazionali – diversamente da altre aree di criminalità, come corruzione, traffico di stupefacenti, riciclaggio, frodi informatiche, ecc. – aiuta a spiegare i ritardi degli ordinamenti nazionali europei, tra cui il nostro, nell'introduzione della responsabilità delle persone giuridiche per i reati agro-alimentari.

Com'è noto, alla protratta assenza della responsabilità penale degli enti nei paesi di *civil law* si è a lungo cercato di sopperire dilatando all'estremo la responsabilità individuale, in particolare dei vertici aziendali.

Anzi, la materia della *food safety* è stata uno dei principali terreni di coltura della responsabilità penale di amministratori o dirigenti, a titolo di omessa prevenzione dei reati dei sottoposti o degli eventi lesivi occorsi nello svolgimento dell'attività di impresa.

Limitandoci alla giurisprudenza italiana, può menzionarsi, a titolo esemplificativo, una sentenza della Corte di cassazione del 2013, concernente la contravvenzione di cui alla legge n. 283 del 1962, art. 5, lett. c), ascritta – nel caso in questione – al legale rappresentante dell'ente perché, in qualità di presidente, distribuiva per il consumo fagiolini con cariche microbiche, in particolare salmonella, superiori ai limiti di legge: «Secondo l'ormai consolidato indirizzo interpretativo di questa Corte in materia di disciplina igienica dei prodotti destinati all'alimentazione, sulla base della disposizione di cui alla L. 30 aprile 1962, n. 283, art. 5, comma 1, lett. b), chiunque detiene per la somministrazione un prodotto non conforme alla normativa deve rispondere a titolo di colpa per non aver fatto eseguire i controlli necessari ad evitare l'avvio del prodotto al consumo; pertanto il legale rappresentante od il gestore di una società è responsabile per le deficienze della organizzazione di impresa e per la mancata vigilanza sull'operato del personale dipendente, salvo che il fatto illecito non appartenga in via esclusiva ai compiti di un preposto, appositamente delegato a tali mansioni» (corsivi aggiunti)¹⁵.

In tale vicenda giudiziale, il soggetto responsabile della struttura in cui era impiegato il prodotto alimentare non conforme aveva mancato di dimostrare, con prova certa, di avere delegato ad altri soggetti il controllo degli alimenti. Pertanto, è stato ritenuto responsabile anche in assenza di determinazione del momento della contaminazione: «Nel caso in esame non assume rilevanza l'accertamento in ordine al momento in cui il cibo era stato contaminato, essendo in ogni caso colui che destina il prodotto all'alimentazione obbligato a verificare la genuinità dello stesso prima del suo impiego, rispondendo del reato anche a titolo di colpa per omesso controllo».

Questi costrutti rappresentano la tradizionale panacea ai problemi d'identificazione e imputazione delle responsabilità nelle organizzazioni imprenditoriali complesse. Negli ultimi anni, però, l'edificio individualistico ha cominciato a mostrare più di qualche segno di cedimento sia sul piano preventivo, per le residue difficoltà di accertare le responsabilità dei soggetti "alle spalle" degli esecutori materiali, sia sul piano del doveroso rispetto delle garanzie penalistiche, stante il sovraccarico punitivo sul vertice aziendale.

Storicamente, lo strumento privilegiato per contenere il rischio di caricare i soggetti di ver-

¹⁴ Cfr. P. FARALDO CABANA – C. FARALDO CABANA, *¿Irresponsabilidad penal de la persona jurídica por delitos alimentarios? La aplicación de consecuencias accesorias: límites y posibilidades*, in L. Foffani – A. Doval Pais – D. Castronuovo (a cura di), *La sicurezza*, cit., p. 268 (anche in *La Ley*, n. 1126/2014).

¹⁵ Cass., sez. III, 7 marzo 2013, n. 16473, inedita, in cui si richiamano come precedenti Id., 9 luglio 2004, n. 36055, rv. 229434; Id., 13 luglio 2011, n. 29988, rv. 251254.

tice di obblighi concretamente inesigibili¹⁶, nonché per ricomporre l'indispensabile binomio tra doveri e saperi specialistici, è stato la *delega di funzioni*. Il garante originario può trasferire parte dei suoi doveri a soggetti competenti e dotati di autonomia decisionale e finanziaria, fermo restando il residuo obbligo di sorveglianza sull'operato del delegato.

L'istituto è di matrice francese: sin dagli inizi del Novecento¹⁷, la *Chambre Criminelle* della *Cour de cassation* ha scolpito i principi essenziali che governano il trasferimento di poteri all'interno dell'impresa, a cominciare da quello di effettività¹⁸. Nella seconda metà del Novecento, il tema è stato ampiamente sviluppato, nel silenzio della legge, dalla dottrina italiana e quindi recepito, *supplendi causa*, dalla giurisprudenza, nel plasmare i requisiti di validità ed efficacia della delega, quale meccanismo di (parziale) trasferimento di posizioni di garanzia nell'impresa¹⁹. La dottrina spagnola, negli ultimi anni, si è largamente ispirata all'elaborazione scientifica italiana, dando vita ad una feconda osmosi culturale²⁰.

Nel diritto interno, inoltre, si è cercato ultimamente di superare l'endemico *deficit* di tipicità dell'istituto in discorso (tipico esempio di "diritto giurisprudenziale penale"), che ha finalmente ricevuto una compiuta regolamentazione giuridica nel settore cruciale della salute e sicurezza dei lavoratori (art. 16 del d.lgs. n. 81/2008).

Una disciplina legislativa analoga ha suggerito anche la detta Commissione Caselli. I principi fissati dall'articolato proposto circa la delega e la *sub-delega* concernenti la sicurezza degli alimenti o mangimi e la lealtà commerciale ricalcano, infatti, quelli dell'ordito normativo posto a presidio dell'incolumità dei lavoratori, e dovrebbero confluire, secondo le intenzioni dei proponenti, nella legge di settore n. 283/1962²¹.

In particolare, la ventura disposizione, nell'individuare il soggetto autorizzato a esercitare il potere di delega, fa riferimento al «titolare di impresa alimentare, come individuata ai sensi dell'articolo 3 del regolamento (CE) n. 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 gennaio 2002» o, comunque, al «soggetto che ne esercita i poteri gestionali, decisionali e di spesa». Poco comprensibilmente non si fa riferimento, al comma 1, anche a chi opera nel settore dei mangimi, benché il comma 4, nel dettare le condizioni di validità della *sub-delega*, richiami le «funzioni in materia di sicurezza degli alimenti o mangimi». La locuzione «titolare» (di impresa alimentare) non compare nella normativa sovranazionale²². Il suo utilizzo è verosimilmente dovuto alla non necessaria sovrapposizione tra operatore e titolare dell'impresa alimentare e al raggio applicativo della norma in discorso che abbraccia anche i doveri in tema di lealtà commerciale.

Ad ogni modo, la ricostruzione delle responsabilità, specie verticistiche, per la commissione di reati alimentari resta operazione sovente ostica. Ciò è vero soprattutto nelle organizzazioni medio-grandi e con struttura territoriale ramificata sul territorio.

Ragionando in astratto, la responsabilità penale dell'organo di vertice per gli illeciti in discorso potrebbe inverarsi in vario modo.

La posizione di garanzia dell'alta direzione potrebbe essere attivata, innanzitutto, dalla *conoscenza acquisita* – ad es. a seguito di un'ispezione pubblica – di pratiche illegali all'interno di un'unità operativa. In tal caso, i responsabili dell'amministrazione centrale potrebbero essere imputati anche per la mancata rimozione del soggetto direttamente responsabile²³ o, comun-

¹⁶ Anche la giurisprudenza statunitense che applica la dottrina *Park* (v. *infra* § 4) si affretta a precisare che una condanna ai sensi dell'*U.S. Federal Food, Drug, and Cosmetic Act* non può basarsi unicamente sulla posizione occupata dall'imputato all'interno dell'organizzazione; però, non si manca di riconoscere che «the line drawn by the Court between a conviction based on corporate position alone and one based on a responsible relationship to the violation is a fine one, and arguably no wider than a corporate bylaw»: così *United States v. New England Grocers Supply Co.*, in 488 *F. Supp.*, 1980, p. 230, 234 (D.C.Mass. 1980).

¹⁷ Cfr. L. MOREILLON, *L'infraction par omission: étude des infractions à la vie et à l'intégrité corporelle en droits anglais, français, allemand et suisse*, Geneve, 1993, p. 304; C. MASCALA, *Droit pénal général*, Paris, 2003, p. 74.

¹⁸ *Cass. crim.*, 28 giugno 1902, in *Bull. crim.*, n. 237, p. 425.

¹⁹ Di recente, sulla rilevanza della delega di funzioni in ambito alimentare e la necessità della forma scritta, *Cass.*, sez. III, 4 marzo 2014, n. 27413; invece, per l'irrilevanza del requisito formale, *Id.*, 4 dicembre 2013, n. 6621, purché la delega sia puntuale ed espressa, accettata dal delegato, conferita a soggetto qualificato e munito di poteri decisionali, giustificata in base alle esigenze organizzative dell'impresa, specifica e giudizialmente provata in modo certo.

²⁰ Cfr., ad es., J.M. SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2013, p. 93 ss.; I. MEINI, *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, Valencia, 2003, p. 365 ss.

²¹ Si prevede, in particolare, l'introduzione dell'art. 1-*bis* nella legge 30 aprile 1962, n. 283, rubricato «Delega di funzioni».

²² Il diritto europeo – come vedremo – ha coniato la figura dell'«operatore del settore alimentare»

²³ Sui poteri di nomina e sostituzione dei direttori di divisione, normalmente spettanti all'alta direzione, cfr., nella letteratura economico-aziendale, H. MINTZBERG, *Management: mito e realtà*, trad. it., Torino, 1991, p. 205; *Id.*, *La progettazione dell'organizzazione aziendale*, Bologna, 1996, 2ª ed., p. 330: «quando una divisione si trova in difficoltà, i manager della direzione centrale possono dover intervenire, anche rimuovendo il manager divisionale».

que, per la mancata assunzione di interventi sostitutivi in grado di scongiurare conseguenze ulteriori.

Si consideri, ancora, una possibile vicenda di *illecito colposo* in materia alimentare, come la vendita di prodotti nocivi occorsa in un punto commerciale – ad es. un supermercato o un autogrill – di una grande catena di distribuzione. Tale fatto potrebbe collegarsi alla cattiva conservazione di alimenti, e quindi a una negligenza chiaramente addebitabile al personale appartenente all'unità operativa implicata. Tuttavia, anche nell'ipotesi in cui il reato sia stato materialmente commesso all'interno di una divisione territoriale, è astrattamente possibile che la sua causa unica o principale sia rappresentata dal *carente esercizio di poteri decisionali* dell'alta direzione²⁴. Si pensi a situazioni d'illiceità dovute al mancato controllo, al momento dell'acquisto, di prodotti dannosi per la salute, poi avviati al consumo. In effetti, come riscontrato da diverse indagini empiriche, di regola «le aziende che praticano la vendita al dettaglio affidano alla direzione centrale il controllo degli acquisti» oltre che «della differenziazione dei prodotti, della determinazione dei prezzi, del volume della produzione»²⁵.

Più in generale, il fattore genetico – ancorché non esclusivo – dell'illecito realizzato da un soggetto appartenente a una divisione aziendale potrebbe risalire a *scelte strategiche* o a *direttive* dell'amministrazione centrale²⁶. L'alta direzione, ad esempio, potrebbe aver fatto mancare all'unità interessata le risorse finanziarie necessarie all'adempimento di obblighi di rilievo penale, che sopravanzano l'autonomia di spesa concessa.

Inoltre, la letteratura criminologica ha da tempo evidenziato che la conduzione dell'attività societaria mediante distinte autonome divisioni può, per un verso, isolare le pratiche illecite realizzate ai livelli medio-bassi dell'organizzazione dal controllo dei soggetti di vertice e, per altro verso, accrescere le pressioni dell'alta direzione, fomentando la commissione di reati²⁷. Si pensi al potenziale criminogeno insito in *obiettivi di performance* – un certo incremento delle vendite, determinati volumi di affari, ecc. – fissati dall'alta direzione in corrispondenza di valori irrealistici e sottoposti a controlli rigidi²⁸. Il messaggio in molti casi è chiaro: «Non ci interessa come raggiungerai la tua quota di vendite o come otterrai l'autorizzazione alla vendita [...] nel tuo paese, l'importante è che tu raggiunga l'obiettivo»²⁹. Così, anche la decisione del direttore di un supermercato di vendere un prodotto non correttamente conservato, già scaduto o contaminato potrebbe trovare spiegazione in una sorta di «ortodossia del profitto» che vada «a discapito della qualità del prodotto, del servizio ai clienti e della protezione dell'ambiente»³⁰.

Ovviamente, i *manager* della direzione centrale dispongono anche di *poteri di supervisione* sull'operato delle divisioni. Ma non potrà mai trattarsi di una sorveglianza minuta e incessante. Piuttosto, è praticabile una vigilanza di carattere generale sull'andamento delle sotto-unità, eventualmente avvalendosi di un sistema di *compliance* aziendale.

In definitiva, queste sono le possibili sorgenti della responsabilità penale dei soggetti apicali per gli illeciti commessi dai sottoposti: conoscenza effettiva, sistemi di *performance* eccessivamente sfidanti, lacune nell'organizzazione generale e nel monitoraggio delle attività.

Senonché, diversamente dai casi di cognizione reale dei fatti lesivi, in tutti gli altri, che sono anche quelli più ricorrenti, non è agevole dimostrare la rilevanza causale del contributo del vertice all'illecito (colposo) commesso in seno ad un'unità organizzativa di livello intermedio o finale. Ciò può deprimere gli incentivi negativi (sanzioni) all'apprestamento di robusti sistemi di conformità alle norme in materia di sicurezza alimentare e a tutela degli interessi economici dei consumatori.

Proprio questa, come evidenzieremo a breve, è una delle ragioni principali della recente «riesumazione» della responsabilità diretta dell'ente nell'Europa continentale.

Ma prima di approfondire tale svolta, intendiamo dare uno sguardo a ciò che sta accadendo oltreoceano.

²⁴ Cfr. H. MINTZBERG, *La progettazione*, cit., p. 106, 115 ss.

²⁵ H. MINTZBERG, *Management*, cit., p. 208.

²⁶ L'ipotesi è realistica soprattutto nei casi di «struttura divisionale accentrata», su cui cfr. V. PERRONE, *Le strutture organizzative d'impresa. Criteri e modelli di progettazione*, Milano, 1990, p. 484.

²⁷ D. VAUGHAN, *Controlling Unlawful Organizational Behaviour*, 1983, p. 73 s.

²⁸ Cfr., sul punto, le istruttive considerazioni di H. MINTZBERG, *La progettazione*, cit., p. 370.

²⁹ J. BRAITHWAITE – B. FISSE, *Corporations, Crime and Accountability*, Cambridge, 1993, 106; J. BRAITHWAITE, *Corporate Crime in the Pharmaceutical Industry*, London, 1984, *passim*.

³⁰ C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Milano, 2004, spec. p. 326.

4.

L'apparente paradosso: la "riscoperta" della responsabilità individuale del *corporate officer* negli Stati Uniti.

Negli Stati Uniti, patria elettiva della *corporate criminal liability* assieme al Regno Unito, si assiste ultimamente ad una tendenza inversa rispetto ai Paesi di *civil law*. Il *focus* delle autorità inquirenti sta cominciando a virare verso la responsabilità penale individuale, sebbene – di norma – in aggiunta a quella della *corporation*³¹.

L'idea soggiacente può apparire singolare in contesti giuridici da poco convertiti al nuovo 'verbo corporativo': le pene imposte alle società hanno una ridotta efficacia deterrente e non impattano sufficientemente sulla *corporate culture*³²; pertanto, si ritiene necessario responsabilizzare penalmente gli individui.

Questo capovolgimento di prospettiva, in un settore in cui peraltro le *corporate convictions* non sono mai state particolarmente frequenti³³, si è palesato negli ultimi tempi in modo evidente.

La legge federale statunitense più importante, al riguardo, resta il *Food, Drug, and Cosmetic Act* (FDCA), emanato nel 1938 a firma del Presidente Franklin Delano Roosevelt. Essa prevede sanzioni penali e *civil remedies* (sequestri, ingiunzioni, divieti di svolgere attività, ecc.) nei confronti di chiunque introduca alimenti adulterati nel commercio interstatale. In base al FDCA, un alimento è considerato adulterato se, *inter alia*, si è contaminato con una sostanza che può arrecare danno alla salute umana o se è stato preparato, confezionato o conservato in condizioni non igieniche. A seconda che le condotte siano commesse inconsapevolmente ovvero volontariamente, l'illecito può integrare un *misdemeanor*, punibile a titolo di responsabilità oggettiva (*strict liability*), oppure un *felony*, caratterizzato dall'*intent* di frodare o ingannare i consumatori.

I reati previsti dal FDCA, se commessi in un contesto societario, vengono imputati in prima battuta alla *corporation*: in altre parole, è considerata *person* autrice del reato la stessa impresa alimentare esercitata in forma collettiva.

Tuttavia, nell'ambito della disciplina penale posta a presidio della sicurezza alimentare, è prepotentemente tornata alla ribalta, negli ultimi tempi, una risalente *doctrine* giurisprudenziale: la *Responsible Corporate Officer (RCO) Doctrine*, enunciata dalla *Supreme Court* nel caso *United States v. Park* del 1975³⁴. Questa dottrina consente di perseguire anche i *responsible officers* della società, vale a dire coloro che «occupano una posizione di responsabilità e autorità all'interno di un'organizzazione, e che posseggono la capacità di prevenire e correggere tempestivamente una violazione».

John Park era il *chief executive officer* di una grande catena alimentare, la quale gestiva diversi magazzini che la *Food and Drug Administration* (FDA)³⁵ riscontrò non conformi alle norme a tutela dell'igiene degli alimenti. Park venne condannato, assieme alla società di appartenenza (patteggiante), per un FDCA *misdemeanor*³⁶ realizzato – nel caso di specie – mediante la vendita di cibo contaminato da roditori in un magazzino aziendale. La corte d'appello federale ribaltò la condanna, ritenendo che la posizione ricoperta dall'imputato (presidente della società) non fosse sufficiente per impegnarne la responsabilità, giacché «qualche condotta attiva o omissiva è un elemento essenziale di qualsiasi reato». Diversamente, l'*U.S. Supreme*

³¹ Da ultimo, è emblematico di questo rinnovato interesse dei *prosecutors* statunitensi per la responsabilità penale individuale, nel campo della criminalità di impresa, il *Memorandum* licenziato il 9 settembre 2015 dal *Deputy Attorney General* Sally Quillian Yates, intitolato proprio «Individual Accountability for Corporate Wrongdoing».

³² Cfr., ad es., l'intervista a Eric Blumberg, *Deputy Chief Counsel for Litigation* della *Food and Drug Administration*: C.K. HEPB, *Big Pharma Executives Facing Legal Threat*, in *The Philadelphia Inquirer*, 31 ottobre 2010, in [questa pagina web](#).

³³ B.L. GARRETT, *Globalized Corporate Prosecutions*, in *97 Virginia Law Review*, 2011, p. 1775 ss., che riscontra dal 2001 al 2010, sul totale delle condanne federali di società, un 2% circa riguardanti *food and drug crimes*.

³⁴ *United States v. Park*, in *421 U.S.*, 1975, p. 658 ss. L'originaria formulazione della *doctrine* si era avuta, però, circa trent'anni prima, in un altro FDCA case: *United States v. Dotterweich*, in *320 U.S.*, 1943, p. 277 ss. Mr. Dotterweich era il presidente di una società che acquistava e riconfezionava farmaci che il produttore originario aveva adulterato ed etichettato in modo ingannevole. Dotterweich fu ritenuto colpevole di violazione delle disposizioni penali del FDCA, benché non ne fosse consapevole (p. 281). Secondo la Corte, al fine di proteggere la salute e il benessere collettivi, «il Congresso può addossare un consistente onere sui *corporate officers* di conformarsi alle regolamentazioni che riguardano direttamente» tali interessi: cfr. p. 284-285. Successivamente, v. *United States v. Morissette*, in *342 U.S.*, 1951, p. 246 ss.

³⁵ Si tratta dell'ente governativo statunitense che si occupa della regolamentazione dei prodotti alimentari e farmaceutici.

³⁶ Questo il reato contestato: *section 301 (f)* del FDCA; *21 U.S. Code, sec. 331(k)*: «The following acts and the causing thereof are prohibited: [...] (k) The alteration, mutilation, destruction, obliteration, or removal of the whole or any part of the labeling of, or the doing of any other act with respect to, a food, drug, device, or cosmetic, if such act is done while such article is held for sale (whether or not the first sale) after shipment in interstate commerce and results in such article being adulterated or misbranded».

me Court ripristinò la *conviction* iniziale, osservando che il FDCA «impone alle persone che esercitano autorità e responsabilità di supervisione affidategli dall'organizzazione non solo un dovere positivo di ricercare e rimediare alle violazioni, ma anche, e primariamente, un dovere di implementare misure in grado di assicurare il non ripetersi di quelle violazioni». In altre parole, non occorre dimostrare una partecipazione attiva del dirigente nell'illecito e neppure la sua consapevolezza o *a fortiori* l'intenzione di tenere il comportamento vietato³⁷. Basta che il soggetto, in forza della posizione ricoperta nell'organizzazione, avesse il dovere e il potere (*responsibility and authority*) di prevenire o correggere prontamente l'illecito.

Tale costruzione, com'è agevole intuire, si avvicina al *topos* – a noi più familiare – della posizione di garanzia del superiore gerarchico avente ad oggetto l'impedimento di reati dei sottoposti, idonea a fondare anche un addebito colposo per omesso controllo, secondo il parametro dell'agente modello nelle circostanze date.

Il rigore della giurisprudenza statunitense accosta, però, la *RCO Doctrine* al paradigma della *strict liability* ed anche per questo la responsabilità dell'*officer* ai sensi del FDCA tende ad essere qualificata come vicaria o indiretta. Infatti, un *senior corporate executive* potrebbe essere chiamato a rispondere di un *misdeemeanor* semplicemente in base alla sua *authority to prevent or correct the prohibited condition*³⁸. Obiettivo del Congresso era imporre sul *corporate agent* tenuto a prevenire violazioni nello svolgimento dell'attività regolata un dovere che «richiede i più elevati *standard* di accortezza e vigilanza»³⁹.

L'unica possibile *defence* si sostanzia, dunque, nel provare l'impossibilità di prevenire l'infrazione, vale a dire che «l'imputato fosse privo del potere (*powerless*) di prevenire o correggere la violazione»⁴⁰; detto altrimenti, si tratta di dimostrare l'estraneità della normativa violata all'area di responsabilità del dirigente⁴¹. Grava, però, sull'indagato l'onere della prova liberatoria; cosa alquanto ardua, visto il grado di diligenza, particolarmente elevato, richiesto dalla corti statunitensi, le quali pretendono dal *defendant* la dimostrazione di aver esercitato, non una diligenza ragionevole, ma una *extraordinary care*⁴².

L'applicazione rigorosa del *Park Doctrine* è stata caldeggiata da ultimo anche dalla *Food and Drug Administration*, in sede di revisione del *Regulatory Procedures Manual* destinato al personale della FDA, in particolare della sez. 5 del cap. 6, che detta «guidelines for the uniform submission and review of prosecution recommendations, including referrals for criminal investigation»⁴³. Ora il § 6-5-3 è espressamente dedicato alle «Special Procedures and Considerations for Park Doctrine Prosecutions», dove si enfatizza che «il perseguimento di un *misdeemeanor*, in particolare nei confronti dei *responsible corporate officials*, può sprigionare un forte effetto dissuasivo sugli imputati e qualsiasi altra entità regolata. Talvolta, la condanna di un individuo per un *misdeemeanor* può servire da base per un'interdizione ai sensi del FDA». Si illustra, quindi, che un *responsible corporate official* può essere incriminato per un reato (*misdeemeanor* o *felony*) commesso ai sensi del FDCA senza necessità di provare che egli agì dolosamente o anche solo colposamente e pure in assenza di qualsiasi conoscenza reale o partecipazione al reato. Nel decidere se dare impulso a un procedimento contro un *corporate official* per un *misdeemeanor*, il Manuale addita come dirimente «la posizione dell'individuo nella società e la relazione con la violazione, nonché l'eventuale autorità di correggere o prevenire la violazione da parte del funzionario». La consapevolezza o la reale partecipazione attiva all'illecito sono meri fattori di cui i *prosecutors* devono tener conto nel decidere in merito al

³⁷ *United States v. Park*, cit., p. 672.

³⁸ Ai sensi della sec. 333 del 21 *U.S. Code*, le condanne per un *misdeemeanor* possono comportare l'irrogazione della reclusione non superiore a un anno o di una multa non superiore a 1.000 dollari, o entrambe. Invece, in caso di recidiva o di *intent to defraud or mislead*, è prevista la reclusione fino a tre anni o la multa fino a 10.000 dollari, o entrambe (*felony*). Se il reato genera una grave malattia, la reclusione è fino a 5 anni; se causa un decesso, fino a 10 anni.

³⁹ Così *United States v. Park*, cit., p. 673.

⁴⁰ Invece, non è riconosciuta come *defence* la circostanza che la violazione sia stata causata dall'omissione di un sottoposto nell'attenersi agli ordini del superiore: *U.S. v. New Eng. Grocers Supply Co.*, cit.

⁴¹ D.E. FRULLA – J. SOLOTOROVSKY – M.C. LUZADDER, *Responsible Corporate Officer Doctrine: Strict Criminal Liability For Regulatory Violations*, 24 ottobre 2013, in www.kelleydrye.com, che lamentano, sia nella fase investigativa che in quella giudiziale, «un'intrinseca carenza di stabilità e prevedibilità, in questo tipo di regime».

⁴² In *United States v. Starr*, in 535 *F.2d*, 1976, p. 512 (9th Cir.) si è ammessa la difficoltà di raggiungere tale *standard*.

⁴³ Le modifiche sono state apportate in risposta alle sollecitazioni contenute in un documento dell'*U.S. Government Accountability Office* (GAO): Report to the Ranking Member, Committee on Finance, U.S. Senate, *Food and Drug Administration: Improved Monitoring and Development of Performance Measures Needed to Strengthen Oversight of Criminal Misconduct Investigations*, gennaio 2010.

perseguimento di una *misdemeanor violation*⁴⁴.

Ad ogni buon conto, già prima di queste innovazioni al *FDA Procedures Manual*, la *Park Doctrine* aveva cominciato a mostrare una crescente vitalità, dopo una pluridecennale inerzia applicativa⁴⁵.

Risale, ad esempio, al 2009 l'incriminazione della la società produttrice di dispositivi medici Synthes e di quattro dirigenti societari per aver testato prodotti per la riparazione della colonna vertebrale su circa 200 pazienti senza l'autorizzazione preventiva della FDA⁴⁶. Si tratta di un caso di particolare rilievo, giacché è il primo culminato nella condanna alla reclusione di un *corporate officer* in applicazione della *Park Doctrine*. In particolare, i dirigenti coinvolti patteggiarono nel 2011 presso la *District Court for the Eastern District of Pennsylvania* e si videro irrogare pene detentive oscillanti tra sei e nove mesi, oltre ad una pena pecuniaria pari a 100.000 dollari ciascuno, riconoscendo la propria responsabilità per l'esecuzione di sperimentazioni cliniche non autorizzate da parte della società e il coinvolgimento in attività di *marketing off-label*.

Ma è soprattutto la casistica più recente a rivelare il cambio di passo del sistema statunitense di *enforcement* dei reati alimentari.

Nel 2014, una società, il suo proprietario e il CEO hanno patteggiato (*guilty plea*) con il *Department of Justice* per aver prodotto e distribuito uova adulterate che scatenarono un focolaio di salmonella su scala nazionale, causando quasi 2.000 malattie segnalate. Il personale della società aveva disatteso le norme in materia di sicurezza alimentare e ingannato i principali clienti circa le proprie *food safety practices*. La società ha pattuito l'esborso di 6.79 milioni di dollari a titolo di sanzione pecuniaria ed è stata sottoposta a tre anni di *probation*, mentre le persone fisiche hanno patteggiato per una *misdemeanor violation* del FDCA e sono state condannate, ciascuna, a tre mesi di reclusione, un anno di libertà vigilata (*supervised release*) e una sanzione pecuniaria di 100.000 dollari⁴⁷.

Ancora, nel 2015, il presidente e amministratore delegato della Peanut Corporation of America, Stewart Parnell, si è visto infliggere – sempre in applicazione della *Park Doctrine* – la pena più pesante mai applicata in un *food safety case* (28 anni di reclusione e successivi tre anni di *supervised release*⁴⁸), assieme ad un altro dirigente e a un *food broker* della società, per aver commercializzato prodotti a base di arachidi contaminati da salmonella, che avevano causato, nel 2008, 9 morti e 700 casi di intossicazione. I responsabili, ancorché consapevoli del fatto che alcuni prodotti erano risultati positivi al batterio, non fecero nulla per eliminare le cause della contaminazione, seguendo nella produzione e successiva distribuzione⁴⁹.

Merita segnalare, ancora, che la *Park Doctrine* è stata originariamente ideata nel contesto dei *regulatory offences* a tutela della salute e del benessere pubblici, illeciti minori punibili a titolo di *strict liability* e con sanzioni modeste. Successivamente, però, è stata estesa anche a reati più gravi (*felonies*) che richiedono un requisito di *knowledge* o *intent*. Questa applicazione al di fuori del "public welfare context" è caldeggiata anche da un significativo settore dottrinale⁵⁰ e trova ormai numerosi riscontri nella prassi giurisprudenziale⁵¹.

⁴⁴ La sezione include anche una lista, non esaustiva, di ulteriori fattori da prendere in considerazione: «1. Whether the violation involves actual or potential harm to the public; 2. Whether the violation is obvious; 3. Whether the violation reflects a pattern of illegal behavior and/or failure to heed prior warnings; 4. Whether the violation is widespread; 5. Whether the violation is serious; 6. The quality of the legal and factual support for the proposed prosecution; and 7. Whether the proposed prosecution is a prudent use of agency resources»: v. [questa pagina web](#).

⁴⁵ A. BRACKETT – J. NEALE, *Enforcement Innovations for the Post-Yates Environment*, 31 ottobre 2016, in [www.fcpablog.com](#).

⁴⁶ In *U.S. v. Synthes, Norian, et al.*, No. 09-cr-403 (E.D. Pa. 2009).

⁴⁷ Cfr. Principal Deputy Assistant Attorney General Benjamin C. Mizer, *Delivers Remarks at the Consumer Federation of America's 39th Annual National Food Policy Conference*, Washington, 6 aprile 2016, in [www.justice.gov](#).

⁴⁸ Il caso era stato innescato dalla scoperta dell'illecito alimentare, ma ad una condanna così pesante si è giunti anche perché erano contestati, oltre alla vendita di cibi contaminati da salmonella, i reati di *conspiracy, mail and wire fraud* e *obstruction of justice*.

⁴⁹ Altre decisioni che hanno fatto applicazione, di recente, della *Park doctrine* in *food and drug cases* sono *United States v. Purdue Frederick Co., Inc.*, in 495 F. Supp. 2d 569 (W.D. Va. 2007); *United States v. Hermelin*, No. 4:11-CR-00085-ERW (E.D. Mo. 2011); *United States v. Osborn*, No. 3:12-cr-00047-M (N.D. Tex. 2012); *United States v. Facteau et al.*, No. 1:15-CR-10076-ADB (D. Mass. 2016); *United States v. DeCoster*, in 828 F.3d 626, 629 (8th Cir. 2016).

⁵⁰ Cfr., ad es., A. KUSHNER, *Applying the Responsible Corporate Officer Doctrine outside the Public Welfare Context*, in 93 J. Crim. L. & Criminology, 2002-2003, p. 681 ss.

⁵¹ Cfr., ad es., *United States v. Int'l Minerals & Chem. Co.*, in 402 U.S., 1971, p. 558.

5.

Lo *ius novum* della responsabilità penale o punitiva degli enti collettivi per reati alimentari nell'Europa continentale.

I Paesi europei, anche di tradizione continentale, hanno invece riscoperto, nell'ultimo ventennio, la responsabilità penale o punitiva degli enti collettivi. L'obiettivo di fondo resta quello di un più efficace contrasto al *corporate crime*.

In molte giurisdizioni, tale responsabilità si estende anche ai reati agro-alimentari, commessi per conto, nell'interesse o a vantaggio di imprese del comparto esercitate in forma societaria.

Ne fanno parte, da un lato, tutti gli ordinamenti europei che consentono l'irrogazione delle sanzioni 'corporative' per qualsiasi tipologia di reato (ad es. la Francia), e, dall'altro lato, svariati sistemi giuridici che limitano la responsabilità dell'ente a un *numerus clausus* di illeciti penali.

La Spagna, come l'Italia, appartiene a questa seconda classe di ordinamenti.

Nel diritto spagnolo, l'estensione della responsabilità penale delle persone giuridiche ai *delitos contra la salud pública*, inclusi i delitti dolosi contro la sicurezza alimentare (artt. 363-365 c.p.), nonché – sin dal 2010⁵² – al *delito de publicidad engañosa* (artt. 282 e 288 c.p.), si è avuta solo di recente⁵³, segnatamente con la *Ley Orgánica* del 30 marzo 2015, n. 1 (art. 366)⁵⁴.

In Italia, invece, lo stato della legislazione in materia è alquanto lacunoso⁵⁵. Solo alcune fattispecie – variamente rilevanti anche nel campo alimentare – possono comportare la responsabilità dell'ente *ex d.lgs. n. 231/2001*, con l'irrogazione di sanzioni pecuniarie e, in taluni casi, anche di sanzioni interdittive: frode in commercio (art. 515 c.p.); vendita di sostanze alimentari non genuine come genuine (art. 516 c.p.); vendita di prodotti industriali con segni mendaci (art. 517 c.p.); contraffazione di indicazioni geografiche o denominazione di origine di prodotti agroalimentari (art. 517-*quater* c.p.)⁵⁶. Si tratta, però, d'illeciti posti a tutela dell'economia pubblica o del commercio, mentre tuttora non assumono rilievo nei confronti degli enti collettivi i reati alimentari in senso stretto previsti dalla legge-quadro in materia d'igiene alimentare (l. 30 aprile 1962, n. 283, spec. artt. 5, 6 e 12) e i delitti di comune pericolo mediante frode, lesivi della salute pubblica, previsti dagli artt. 439 ss. c.p. (avvelenamento, adulterazione o contraffazione di sostanze alimentari, commercio di sostanze alimentari nocive, ecc.).

Il recente progetto di riforma elaborato dalla Commissione Caselli punta a superare questo stallo, estendendo la responsabilità degli enti collettivi a una (più) ampia gamma di reati rilevanti nel circuito agroalimentare, in larga parte di nuovo conio o comunque riformulati. L'ampliamento riguarda, essenzialmente, due gruppi di illeciti penali: frodi in commercio di prodotti alimentari (nuovo art. 25-*bis.2*, d.lgs. n. 231/2001) e delitti contro la salute pubblica (nuovo art. 25-*bis.3*, d.lgs. n. 231/2001)⁵⁷.

Se quello appena delineato è il quadro normativo astratto nello spazio giuridico europeo, diverso è il concreto impatto applicativo. Le statistiche sul *law enforcement* – peraltro alquanto carenti in tema di responsabilità 'corporativa' – registrano finora pochi casi di punizione di un ente per reati alimentari. Tra questi merita segnalare, per il clamore mediatico che ha suscitato nel Paese di riferimento, il primo caso di irrogazione di una misura penale contro una persona giuridica in Ungheria: il c.d. *paprika forgery case* del 2004, riguardante un'adulterazione alimentare commessa da una società che aveva immesso nel mercato una spezia contaminata

⁵² La novella del 2015 ha tuttavia inasprito le pene irrogabili alle persone giuridiche per tale delitto.

⁵³ Cfr. A. PUERTA, *¿Realmente deben las empresas de distribución alimentaria elaborar un plan de riesgos penales?*, in *Diario La Ley*, n. 8840, 10 ottobre 2016.

⁵⁴ Testo attuale: «Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en los artículos anteriores de este Capítulo, se le impondrá una pena de multa de uno a tres años, o del doble al quíntuplo del valor de las sustancias y productos a que se refieren los artículos 359 y siguientes, o del beneficio que se hubiera obtenido o podido obtener, aplicándose la cantidad que resulte más elevada.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33».

Anteriormente, l'art. 366 c.p. ammetteva, per i delitti contro la salute pubblica in materia di alimenti e medicinali, solo l'applicazione di «consecuencias accesorias» ai sensi dell'art. 129 c.p., come la chiusura dello stabilimento, fabbrica, laboratorio o locale fino a 5 anni, e nei casi più gravi in via definitiva. Cfr. P. FARALDO CABANA – C. FARALDO CABANA, *¿Irresponsabilidad?*, cit., p. 268.

⁵⁵ Criticamente, ad es., E. MAZZANTI, *Sicurezza alimentare e responsabilità da reato dell'ente collettivo. Tra lacune e spunti de lege ferenda*, in G. Cerrina Feroni – T. E. Frosini – L. Mezzetti – P.L. Petrillo (a cura di), *Ambiente, energia, alimentazione*, vol. I, tomo II, 2016, p. 333 ss.

⁵⁶ Per una disamina, v. C. SANTORIELLO, *Reati alimentari e responsabilità della persona giuridica*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2014, n. 1, p. 177 ss.

⁵⁷ Questi due gruppi di delitti seguono quelli contro l'industria e il commercio menzionati dal novellato art. 25-*bis.2*, che, secondo l'ipotezzata riforma, dovrebbe includere soltanto la turbata libertà dell'industria o del commercio (art. 513 c.p.) e la frode nell'esercizio del commercio (art. 515 c.p.).

e per questo è stata condannata al pagamento di una sanzione pecuniaria⁵⁸.

6. Quale paradigma di responsabilità delle persone giuridiche per i reati alimentari?

Sono possibili diversi modelli d'imputazione agli enti collettivi della responsabilità per la commissione di reati in generale e di reati agroalimentari in particolare⁵⁹.

Alcuni ordinamenti prediligono schemi vicariali o derivativi, in generale (ad es. Francia, Romania, Bulgaria, Usa, Sudafrica) ovvero solo rispetto agli illeciti penali minori (*regulatory offences*), inclusi quelli in materia alimentare (Regno Unito: v. il *Food Safety Act 1990*⁶⁰).

Altri Paesi, invece, hanno sposato appieno il paradigma dell'autoresponsabilità dell'ente fondata sulla lacunosa organizzazione interna (c.d. colpa di organizzazione): con accenti pionieristici l'Italia (artt. 6 e 7 d.lgs. n. 231/2001); per effetto di una recente riforma la Spagna (art. 31-*bis* *Código Penal*, come modificato dalla L.O. 1/2015)⁶¹. Tale schema ascrittivo è quello oggi più in voga a livello internazionale, soprattutto perché si coniuga perfettamente con la nuova strategia di prevenzione del crimine di impresa basata sui programmi di *compliance* penale (*compliance programs*, modelli organizzativi, *programas de cumplimiento*), che superano il tradizionale approccio *command-and-control*, basato sulla fissazione di prescrizioni vincolanti e relative sanzioni per l'inosservanza.

Nell'economia della responsabilità da reato dell'ente in Italia e Spagna, l'adozione ed effettiva implementazione *ante factum* di un idoneo *sistema aziendale di gestione del rischio-reato* esplica efficacia esimente; l'adozione postuma efficacia attenuante.

Ovviamente, la *self-policy* interna – incentivata dallo Stato – non fa venire meno i controlli pubblici. In campo agroalimentare, tale vigilanza è assicurata sia dai singoli Stati sia dalle autorità sovranazionali, e si avvale anche del supporto scientifico dell'Autorità europea per la sicurezza alimentare⁶².

Tuttavia, l'idea dell'*enforced self-regulation* aziendale⁶³ muove proprio dalla consapevolezza della strutturale incapacità delle autorità pubbliche di provvedere a un controllo capillare di tutte le sorgenti di rischio generate dall'attuale società tecnologica e globalizzata.

7. La c.d. colpa organizzativa dell'ente: i requisiti generali del modello organizzativo avente efficacia esimente della responsabilità. Un confronto tra Italia e Spagna.

Nel senso appena indicato, le imprese spagnole operanti nel settore alimentare, al pari di quelle italiane – tanto più se andrà in porto la progettata estensione dei reati agro-alimentari fonte di responsabilità *ex* d.lgs. n. 231/2001 – sono chiamate ad implementare efficaci modelli di prevenzione degli illeciti in discorso.

Quali sono, allora, i criteri d'idoneità del piano preventivo da adottare?

Com'è noto, nel corpo del d.lgs. n. 231/2001, gli elementi generali del modello organiz-

⁵⁸ La paprika era stata mescolata con polvere proveniente dai tropici, provocando il superamento della soglia consentita di aflatoxina, una tossina da muffa pericolosa per la salute.

⁵⁹ Per maggiori dettagli, sia consentito il rinvio a V. MONGILLO, *The Allocation of Responsibility for Criminal Offences Between Individuals and Legal Entities in Europe*, in Fiorella (a cura di), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs*, vol. II, *Towards a Common Model in the European Union*, Napoli, 2012, p. 152-155.

⁶⁰ Tuttavia, la *sec. 21* del *Food Safety Act 1990* riconosce una possibile *defence of due diligence* «for the person charged to prove that he took all reasonable precautions and exercised all due diligence to avoid the commission of the offence by himself or by a person under his control». Tale *defence* è azionabile per reati come «rendering food injurious to health, selling food not complying with food safety requirements, and falsely describing or presenting food»: cfr. Law Commission, *Criminal Liability in Regulatory Contexts: a Consultation Paper*, No. 195, 2010, 118.

⁶¹ Cfr. le diverse valutazioni di A. NIETO MARTÍN, El artículo 31 bis del Código Penal y las reformas sin estreno, in *Diario La Ley*, 2014; J. DOPICO, *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, in AA.VV., *Memento Penal*, 2016, p. 3111 ss.; C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tomarse la responsabilidad penal de las personas jurídicas en serio: la culpabilidad de las personas jurídicas*, in *Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Miguel Bajo*, 2016, p. 125 ss.

⁶² Cfr. A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008, p. 148 s.

⁶³ Sul piano dottrinale, v. le fondamentali considerazioni di J. BRAITHWAITE, *Enforced Self-Regulation: A New Strategy for Corporate Crime Control*, in 80 *Michigan Law Review*, 1982, p. 1466 ss.

zativo avente efficacia esimente della responsabilità dell'ente sono indicati agli artt. 6 (reati commessi dagli apici) e 7 (reati commessi dai sottoposti)⁶⁴. Si tratta di parametri validi per qualsiasi figura di reato, anche se originariamente pensati per un catalogo ristretto di illeciti (frodi e corruzione, essenzialmente).

In Spagna i requisiti d'idoneità del *modelo de organización y gestión* idoneo a prevenire la commissione dei reati o a ridurne significativamente il rischio sono stati mutuati, con la novità del 2015, proprio dalla normativa italiana⁶⁵, nel tentativo di precisare il concetto di «debido control» spettante alla persona giuridica⁶⁶.

In particolare, i detti requisiti sono ora delineati dall'art. 31-*bis*, comma 5:

- 1) *risk assessment*: individuazione delle attività dell'ente nel cui ambito possono essere commessi i reati da prevenire (la c.d. mappatura dei rischi);
- 2) *risk management*: previsione di protocolli o procedimenti che concretino il processo di formazione della volontà della persona giuridica e di adozione ed esecuzione delle sue decisioni;
- 3) *controlli finanziari*: apprestamento di modelli di gestione delle risorse finanziarie idonei ad impedire la commissione dei reati oggetto di prevenzione;
- 4) *sistema informativo e di whistleblowing*: previsione dell'obbligo di informare l'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza del modello di prevenzione dei possibili rischi e delle violazioni del modello;
- 5) *sistema disciplinare*: definizione di misure volte a sanzionare adeguatamente la violazione delle regole indicate nel modello;
- 6) *vigilanza, monitoraggio e revisione*: verifica periodica del modello ed eventuale modifica quando emergano significative violazioni delle prescrizioni in esso contenute, o quando intervengano mutamenti nell'organizzazione, nella struttura del controllo o nell'attività esercitata che ne rendano necessaria la revisione.

Inoltre, tanto l'ordinamento italiano quanto quello spagnolo richiedono, nel caso di reato commesso dagli apici, l'elusione fraudolenta del modello, affinché l'ente possa andare esente da responsabilità.

La similitudine tra i due sistemi si estende, infine, all'istituto dell'*organismo de supervisión, encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención* (art. 31-*bis*, commi 2, n. 2 e 5, n. 4)⁶⁷, sebbene in Spagna si stia radicando una concezione ben diversa di tale presidio di controllo, che – soprattutto a causa dell'autorevole interpretazione fornita dalla *Fiscalía General* spagnola⁶⁸ – tende a equipararlo impropriamente alla figura del *compliance officer*⁶⁹.

Ovviamente, tali requisiti-obiettivi generali devono essere concretizzati secondo un approccio “taylor made”, assemblando cioè misure organizzative, gestionali e di controllo parametrizzate sugli specifici reati da prevenire e sulle caratteristiche del singolo ente: contesto, dimensioni, volume d'affari, area geografica, tipo di attività produttiva, ecc.

Il nodo principale del paradigma imputativo in esame, fondato – come si è detto – sulla deficitaria organizzazione interna, attiene proprio all'insufficiente *tassatività-precisione* dei contenuti del modello organizzativo, da cui si sprigiona una consistente incertezza in ordine ai criteri di accertamento giudiziale della sua adeguatezza preventiva.

⁶⁴ Per un'esauritiva disamina, v. C. PIERGALLINI, *I modelli organizzativi*, in G. Lattanzi (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, 2ª ed., Milano, 2010, p. 153 ss.

⁶⁵ Cfr. J. DOPICO, *Análisis crítico del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, según el Proyecto de Reforma de 2013*, in *Informe de la Sección de Derechos Humanos del Colegio de Abogados de Madrid, sobre los proyectos de reforma del Código Penal, Ley de Seguridad Privada y Ley del Poder Judicial (Jurisdicción Universal)*, Valencia, 2014, p. 19-24. L'A. definisce il nuovo modello di responsabilità degli enti collettivi, risalente al progetto di riforma del 2013, come un «Frankenstein giuridico, costruito con organi di diversi corpi (legislazione penale spagnola e legislazione amministrativa italiana)».

⁶⁶ Cfr. I. ORTIZ DE URBINA GIMENO, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: The American Way*, in Mir Puig – Corcoy Bidasolo – Gómez Martín (Dir.), Hortal Ibarra – Valiente Ivañez (Coord.), Madrid, 2014, p. 41 ss.

⁶⁷ J. CORTINOVIS – E. COLAROSI, *I modelli organizzativi in Spagna*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2016, n. 4, p. 239; Id., *Ruolo e funzioni dell'Organismo de Supervisión in Spagna*, in pubblicazioni dell'AODV, in www.aodv231.it.

⁶⁸ Circular 1/2016, *Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015*, § 5.4 che definiscono «El órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control», come un «oficial de cumplimiento» (*compliance officer*).

⁶⁹ Criticamente, A. NIETO – J.A. LASCURAIN, *Urgente: dos órganos de cumplimiento en las empresas*, 3 giugno 2016, in [questa pagina web](#); J. DOPICO, *Análisis*, cit., p. 23. Sulle differenze tra le due strutture di controllo, sia consentito il rinvio a V. MONGILLO, *L'Organismo di Vigilanza nel sistema della responsabilità da reato dell'ente: paradigmi di controllo, tendenze evolutive e implicazioni penalistiche*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2015, n. 4, p. 83 ss. Sul tema dell'eventuale responsabilità penale dei membri dell'OdV, v., da ultimo, il brillante saggio di F. CONSULICH, *“Vigilantes puniri possunt”. I destini dei componenti dell'organismo di vigilanza tra doveri impeditivi e cautele relazionali*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2015, 425 ss.

Dai presupposti fissati in generale dalla legge, tanto in Italia quanto in Spagna, non si può, evidentemente, trarre alcuna indicazione specifica circa le componenti essenziali del modello organizzativo volto alla prevenzione dei reati alimentari.

Senonché, una maggiore determinatezza è indispensabile sia per ragioni di garanzia (principio di legalità), sia per ragioni di efficacia preventiva (evitare forme di *cosmetic compliance*)⁷⁰.

Diviene cruciale, allora, approfondire i possibili criteri di riferimento nella elaborazione del modello di prevenzione dei reati alimentari.

8. Parametri di riferimento nella costruzione del modello di prevenzione dei reati alimentari.

La gestione dei rischi alimentari, specie per i profili di *food safety*, è una prospettiva nient'affatto insolita per le imprese del settore.

Soprattutto a cagione degli impulsi sovranazionali, la cultura della *compliance* in materia di sicurezza alimentare, l'idea cioè che la prevenzione dei rischi per la salute collegati ai prodotti alimentari si ottenga attraverso una gestione sistematica, è già da tempo radicata in questo comparto produttivo, sebbene con persistenti limiti attuativi.

Anche il diritto federale statunitense sta conoscendo, ultimamente, un'importante evoluzione nel segno di una sempre più raffinata filosofia gestionale della sicurezza alimentare.

Fondamentale, nella diffusione di corrette pratiche organizzativo-gestionali, è anche il contributo della *soft law* internazionale e della standardizzazione privata, che quindi rappresentano, senza dubbio, un altro imprescindibile ancoraggio nella costruzione di un adeguato modello di prevenzione aziendale.

8.1. L'apporto della normativa sovranazionale.

La normativa europea sulla sicurezza degli alimenti e dei mangimi non è caratterizzata solo dalla fissazione di regole di prodotto o produzione, che si sostanziano in requisiti fisico-chimici dei prodotti, caratteristiche dei luoghi produttivi e modalità di produzione; essa racchiude anche regole preventive concernenti il modo di fare impresa e la sua organizzazione.

A questa latitudine, l'imponente opera di regolazione comunitaria è cominciata già negli anni novanta del secolo scorso⁷¹.

La direttiva 93/43/CEE del 14 giugno 1993 estese la filosofia prevenzionistica, inaugurata in materia di salute e sicurezza dei lavoratori con la direttiva quadro europea n. 89/391/CEE, alla promozione dell'igiene degli alimenti, fissando sia le norme generali sia le procedure per verificare la conformità con tali norme, secondo il metodo *Hazard-Analysis and Critical Control Points* – HACCP (cfr. art. 3). Tale strumento giuridico fornì, così, anche la prima codifica normativa, a livello europeo, del celebre sistema imperniato sull'"analisi dei rischi e dei punti critici di controllo", ideato negli anni sessanta dalla NASA per assicurare la sicurezza microbiologica degli alimenti forniti agli astronauti, e poi adottato spontaneamente dalla grande industria alimentare. La direttiva fu recepita in Italia con il d.lgs. 26 maggio 1997 n. 155, abrogato dal d.lgs. n. 193/2007.

La direttiva del 1993 è stata, quindi, sostituita dal regolamento (CE) n. 178/2002 e dal regolamento (CE) n. 852/2004.

Il reg. (CE) n. 178/2002 rappresenta il vero spartiacque nelle politiche europee di armonizzazione nel campo della sicurezza alimentare. Il considerando 17 enuncia che «quando la legislazione alimentare è intesa a ridurre, eliminare o evitare un rischio per la salute, le tre

⁷⁰ Cfr. V. MONGILLO, *Il giudizio di idoneità del Modello di Organizzazione ex d.lgs. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2011, n. 3, 69 ss. Su tale questione, v. anche le lucide considerazioni di A. NIETO MARTÍN, *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: Un Modelo Legislativo*, Madrid, 2008, p. 172 ss.

⁷¹ Per un quadro riassuntivo, v. P. BORGHI, *Il diritto agroalimentare italiano e il diritto sanzionatorio: una liason antica*, L. Foffani – A. Doval Pais – D. Castronuovo (a cura di), *La sicurezza*, cit., p. 68; Id., *Diritto alimentare italiano e integrazione europea*, in *Riv. dir. agr.*, 2012, p. 3 ss. Sull'evoluzione del diritto europeo in materia alimentare e i suoi riflessi penalistici, *amplius*, A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, t. II, *Reati di comune pericolo mediante frode*, Milano, 2013, p. 250 ss.

componenti interconnesse dell'analisi del rischio, vale a dire la valutazione, gestione e comunicazione del rischio, forniscono una metodologia sistematica per definire provvedimenti, o altri interventi a tutela della salute, efficaci, proporzionati e mirati». La metodologia in discorso deve informare non solo l'azione degli Stati e degli organismi sovranazionali ma anche, alla base della "piramide preventiva", le soluzioni organizzative delle imprese alimentari.

Tale regolamento ha quindi generalizzato, a livello europeo, la filosofia dei sistemi di gestione a tutto il settore della sicurezza alimentare e si applica a qualsiasi fase della produzione, trasformazione e distribuzione⁷².

In concreto, sul piano organizzativo-gestionale, il reg. n. 178/2002 si limita a richiedere agli operatori del settore degli alimenti e dei mangimi la previsione di:

- *procedure di rintracciabilità*⁷³: «sistemi e procedure che consentano di mettere a disposizione delle autorità competenti, che le richiedano, le informazioni» circa chi abbia fornito un alimento, un mangime, un animale destinato alla produzione alimentare o qualsiasi sostanza destinata o atta a entrare a far parte di un alimento o di un mangime; nonché, correlativamente, «sistemi e procedure per individuare le imprese alle quali hanno fornito i propri prodotti» (art. 18, commi 2 e 3);

- *obblighi di informazione* dei consumatori e delle autorità competenti e l'attivazione di *procedure di ritiro o di richiamo* di alimenti (art. 19) o mangimi (art. 20) non conformi ai requisiti di sicurezza, quando altre misure siano insufficienti per conseguire un livello elevato di tutela della salute.

Insomma, mentre la globalizzazione economica ingenera una marcata dispersione territoriale della produzione e del commercio di alimenti, con i sistemi di gestione aziendali si cerca di ripristinare la tracciabilità della filiera produttiva e l'adeguata informazione dei consumatori e delle autorità.

Attualmente, il sistema HACCP è disciplinato a livello europeo dal regolamento (CE) n. 852/2004 sull'igiene dei prodotti alimentari⁷⁴, il quale ha sostituito la predetta direttiva 93/43/CEE ed è stato attuato in Italia con il d.lgs. n. 193/2007.

Con questo provvedimento la legislazione sovranazionale ha compiuto un ulteriore balzo in avanti verso l'armonizzazione e l'imposizione di un compiuto sistema gestionale della sicurezza alimentare nelle imprese del comparto.

La responsabilità per l'igiene degli alimenti – definita come l'insieme delle «misure e delle condizioni necessarie per controllare i pericoli e garantire l'idoneità al consumo umano di un prodotto alimentare tenendo conto dell'uso previsto» – è assegnata agli operatori del settore lungo tutta la catena alimentare (art. 1). A tal fine si richiede l'applicazione generalizzata di procedure basate sui principi del detto sistema HACCP, monitorato anche per mezzo di controlli ufficiali assicurati dalle autorità competenti, conformemente ai regolamenti (CE) n. 854/2004 e n. 882/2004.

Nel considerando 13 del reg. n. 852/2004 si chiarisce che il sistema HACCP è uno strumento di autocontrollo dell'igiene «volto ad aiutare gli operatori del settore alimentare a conseguire un livello più elevato di sicurezza alimentare»⁷⁵.

La nozione di autocontrollo, pertanto, non si esaurisce nel sistema HACCP. L'autocontrollo è un obbligo di garanzia di carattere generale che fa capo, sulla scorta della normativa

⁷² L'art. 3, n. 16, del reg. definisce «fasi della produzione, della trasformazione e della distribuzione», «qualsiasi fase, importazione compresa, a partire dalla produzione primaria di un alimento inclusa fino al magazzinaggio, al trasporto, alla vendita o erogazione al consumatore finale inclusi e, ove pertinente, l'importazione, la produzione, la lavorazione, il magazzinaggio, il trasporto, la distribuzione, la vendita e l'erogazione dei mangimi».

⁷³ A mente dell'art. 3, n. 15, per «rintracciabilità» s'intende «la possibilità di ricostruire e seguire il percorso di un alimento, di un mangime, di un animale destinato alla produzione alimentare o di una sostanza destinata o atta ad entrare a far parte di un alimento o di un mangime attraverso tutte le fasi della produzione, della trasformazione e della distribuzione».

⁷⁴ Il c.d. "pacchetto igiene" del 2004 include anche i regolamenti (CE) n. 843 (igiene degli alimenti di origine animale) e n. 854 (organizzazione di controlli ufficiali sui prodotti di origine animale destinati al consumo umano, con norme specifiche per carni fresche, molluschi bivalvi, latte e prodotti lattiero-caseari).

⁷⁵ Qui anche la precisazione che «tale sistema non dovrebbe essere considerato come un meccanismo di autoregolamentazione e non dovrebbe sostituire i controlli ufficiali».

europea⁷⁶, all'operatore del settore alimentare. A qualunque livello sia coinvolto nella filiera produttiva, questi deve apprestare misure per tenere sotto controllo le proprie produzioni e assicurare igiene e sicurezza degli alimenti. Quale responsabile del piano di autocontrollo, l'operatore deve predisporlo e attuarlo «con l'attiva partecipazione della dirigenza e del personale avvalendosi, se del caso, di un supporto tecnico-scientifico esterno»⁷⁷.

L'HACCP, al pari di ogni altro sistema di gestione di rischi, si basa su un approccio alla sicurezza alimentare di tipo preventivo e sistematico. «L'obiettivo principale è istituire un sistema documentato con cui l'impresa sia in grado di dimostrare di aver operato in modo da minimizzare il rischio». Tale strumento, quindi, è imperniato sulla prevenzione *ex ante* piuttosto che sulle verifiche del prodotto finito. Esso punta a «tenere sotto controllo il processo produttivo e pianificarlo al meglio attraverso l'evidenza dei punti critici di controllo»⁷⁸, vale a dire i punti in cui, durante l'attività dell'impresa alimentare, possono verificarsi rischi alimentari: ad es., la distribuzione di prodotti surgelati, in cui la temperatura di conservazione non deve salire oltre i -18°C, rimanendo costante dalla produzione al consumo («catena del freddo»).

I sette principi fondamentali del sistema HACCP sono dettagliati dall'art. 5, comma 2, del reg. n. 852: «a) identificare ogni pericolo che deve essere prevenuto, eliminato o ridotto a livelli accettabili⁷⁹; b) identificare i punti critici di controllo nella fase o nelle fasi in cui il controllo stesso si rivela essenziale per prevenire o eliminare un rischio o per ridurlo a livelli accettabili; c) stabilire, nei punti critici di controllo, i limiti critici che differenziano l'accettabilità e l'inaccettabilità ai fini della prevenzione, eliminazione o riduzione dei rischi identificati; d) stabilire ed applicare procedure di sorveglianza efficaci nei punti critici di controllo; e) stabilire le azioni correttive da intraprendere nel caso in cui dalla sorveglianza risulti che un determinato punto critico non è sotto controllo; f) stabilire le procedure, da applicare regolarmente, per verificare l'effettivo funzionamento delle misure di cui alle lettere da a) ad e); g) predisporre documenti e registrazioni adeguati alla natura e alle dimensioni dell'impresa alimentare al fine di dimostrare l'effettiva applicazione delle misure di cui alle lettere da a) ad f)».

La disposizione aggiunge la necessità che gli operatori del settore alimentare riesaminino la procedura e apportino le necessarie modifiche qualora intervenga «un qualsiasi cambiamento nel prodotto, nel processo o in qualsivoglia altra fase».

Va precisato, inoltre, che tale sistema si applica solo agli operatori del settore alimentare che intervengono in qualsiasi fase della produzione, trasformazione e distribuzione degli alimenti *successiva alla produzione primaria* e alle operazioni associate di cui all'allegato I (art. 5, comma 3)⁸⁰.

Esso, inoltre, va tarato sul tipo e sulla dimensione dell'impresa alimentare (art. 5, comma 4).

Le difficoltà applicative più serie, come può facilmente intuirsi, sorgono nelle piccole imprese. Il considerando 15 del reg. si sofferma su tale questione, assai spinosa anche per la costruzione dei modelli organizzativi anti-reato *ex d.lgs. n. 231/2001*: «I requisiti del sistema HACCP dovrebbero tener conto dei principi contenuti nel *Codex Alimentarius*. Essi dovrebbero

⁷⁶ La legislazione sovranazionale europea, infatti, prevede una specifica figura di garante della *compliance* alimentare: l'«operatore del settore alimentare» o «dei mangimi». La definizione fornita dal regolamento (CE) n. 178/2002 è la seguente: «la persona fisica o giuridica responsabile di garantire il rispetto delle disposizioni della legislazione alimentare nell'impresa alimentare [o nell'impresa di mangimi] posta sotto il suo controllo». Quindi, è tale il soggetto responsabile dell'impresa, generalmente il titolare dell'attività e legale rappresentante o i soggetti delegati. La dottrina di settore ritiene che la definizione comunitaria sia incardinata sul principio di effettività, nel senso di individuare il garante degli obblighi di sicurezza in base non tanto alla qualifica formale, ma all'attività effettivamente svolta: cfr. E. ROOK BASILE – A. GERMANÒ, sub *art. 3, Commento al reg. CE 178/2002*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2003, 168, 177 ss. L'art. 17 del reg. precisa la sfera di responsabilità del soggetto in esame: «garantire che nelle imprese da essi controllate, gli alimenti o i mangimi soddisfino le disposizioni della legislazione alimentare, inerenti alle loro attività in tutte le fasi della produzione, della trasformazione e della distribuzione e verificare che tali disposizioni siano soddisfatte». Del pari, nel regolamento CE n. 852/2004 si ribadisce che «la responsabilità principale per la sicurezza degli alimenti incombe all'operatore del settore alimentare» (art. 1, lett. a)) e che «gli operatori del settore alimentare garantiscono che tutte le fasi della produzione, della trasformazione e della distribuzione degli alimenti sottoposte al loro controllo soddisfino i pertinenti requisiti di igiene fissati nel presente regolamento», da attuare mediante un sistema di autocontrollo.

⁷⁷ Ministero della Salute, Direzione generale dell'igiene e la sicurezza degli alimenti e la nutrizione, *Autocontrollo e HACCP*, in [questa pagina web](#).

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ Un pericolo o un elemento di pericolo è un agente biologico, chimico o fisico contenuto in un alimento o mangime, o una condizione in cui un alimento o un mangime si trova, in grado di provocare un effetto nocivo sulla salute: art. 3, par. 14, del regolamento (CE) n. 178/2002.

⁸⁰ Nel considerando 14 si ribadisce che il sistema è cogente, salvo che – «inizialmente» – per la produzione primaria, rispetto alla quale «l'applicazione dei principi del sistema dell'analisi dei pericoli e dei punti critici di controllo (HACCP) [...] non è ancora praticabile su base generalizzata» (considerando 11). Ad ogni modo, il reg. afferma la necessità di «garantire la sicurezza degli alimenti lungo tutta la catena alimentare, a cominciare dalla produzione primaria» (art. 1, lett. b)); gli operatori del settore alimentare che effettuano la produzione primaria devono rispettare i requisiti generali in materia d'igiene di cui alla parte A dell'Allegato I del reg. (art. 4).

bero essere abbastanza flessibili per poter essere applicati in qualsiasi situazione, anche nelle piccole imprese. In particolare, è necessario riconoscere che in talune imprese alimentari non è possibile identificare punti critici di controllo e che, in alcuni casi, le *prassi in materia d'igiene* possono sostituire la sorveglianza dei punti critici di controllo. Analogamente, il requisito di stabilire "limiti critici" non implica la necessità di fissare un limite numerico in ciascun caso. Inoltre, il requisito di conservare documenti deve essere *flessibile*, onde evitare oneri inutili per le imprese molto piccole» (corsivi nostri). Il Ministero della Salute italiano, pur mostrando consapevolezza del problema, ritiene comunque «necessario [...] che la corretta predisposizione e applicazione di procedure, se pure semplificate, consenta nell'ambito del processo produttivo, il controllo e la gestione dei pericoli»⁸¹.

Di recente, nella comunicazione 2016/C 278/01, «relativa all'attuazione dei sistemi di gestione per la sicurezza alimentare riguardanti i programmi di prerequisiti (PRP) e le procedure basate sui principi del sistema HACCP, compresa l'agevolazione/la flessibilità in materia di attuazione in determinate imprese alimentari», la Commissione europea ha rimarcato che un *food safety management system* (FSMS), vale a dire un sistema di gestione per la sicurezza alimentare rispettoso della normativa europea, è «un sistema olistico di prevenzione, preparazione⁸² e attività di autocontrollo per la gestione della sicurezza e dell'igiene degli alimenti in un'impresa alimentare». La Commissione ha voluto poi rimarcare il legame, all'interno del sistema, tra i seguenti elementi essenziali:

- le *corrette prassi igieniche* (ad es., pulizia e disinfezione adeguate, igiene personale) e le *buone prassi di fabbricazione* (metodologie di lavoro corrette: ad es. dosaggio corretto degli ingredienti, temperatura di trasformazione adeguata), denominate nel loro insieme "*programmi di prerequisiti*" (vale a dire i requisiti previsti dall'art. 4 e dagli allegati I e II del reg. (CE) n. 852/2004, nonché disposizioni specifiche per prodotto di cui all'allegato III del reg. (CE) n. 853/2004);

- le *procedure basate sul sistema HACCP* (richieste dall'art. 5 del reg. (CE) n. 852/2004);
- *altre politiche di gestione e comunicazione interattiva* per garantire la rintracciabilità e sistemi di richiamo efficienti (in applicazione delle procedure di cui al reg. (CE) n. 178/2002).

Il documento chiarisce che «prima di applicare le procedure basate sul sistema HACCP in una qualsiasi impresa l'operatore del settore alimentare (OSA) dovrebbe aver attuato i programmi di prerequisiti. Anche la conformità con le procedure di cui al reg. CE n. 178/2002 è un requisito fondamentale di un FSMS. I suddetti elementi sono i pilastri di prevenzione e preparazione di ciascun FSMS e sono necessari per elaborare le procedure basate sul sistema HACCP».

Si precisa, altresì, che esulano dalla cornice applicativa dell'indirizzo fornito gli aspetti inerenti alla qualità, benché il FSMS ben possa far parte di un più ampio sistema di gestione della qualità (norme della serie ISO 9000), che comprende, ad es., anche aspetti inerenti alla composizione e ai valori nutrizionali degli alimenti.

8.1.1. *Il carattere cogente delle procedure europee di sicurezza alimentare nell'ordinamento interno e la soft law ministeriale.*

Preme sottolineare che le procedure e i presidi organizzativi HACCP di matrice europea sono corredati da sanzioni nella legislazione amministrativa interna e pertanto hanno *natura cogente*. Non si tratta, quindi, di sistemi di auto-organizzazione la cui implementazione è devoluta all'adesione volontaria delle imprese. Sotto questo profilo, assomigliano più al piano di prevenzione della corruzione (l. n. 190/2012) o al documento di valutazione dei rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori (d.lgs. n. 81/2008) che al modello organizzativo *ex d.lgs. n. 231/2001*.

In Italia, in particolare, è il d.lgs. 5 aprile 2006, n. 190 a dettare la «Disciplina sanzionatoria per le violazioni del regolamento (CE) n. 178/2002». Esso, salvo che il fatto costituisca reato, commina sanzioni amministrative pecuniarie agli operatori del settore alimentare e dei

⁸¹ V. [questa pagina web](#).

⁸² Il termine "preparazione" si riferisce a misure in atto quali, tra le altre, le disposizioni concernenti la rintracciabilità, gli strumenti di comunicazione e il sistema di richiamo, che consentono all'operatore del settore alimentare di adottare direttamente ed efficacemente le misure necessarie per proteggere e informare il consumatore in caso di non conformità.

mangimi per la sola omessa organizzazione dell'impresa secondo i parametri fissati dal reg. n. 178/2002 in materia di rintracciabilità, ritiro e richiamo di prodotti alimentari o mangimi, ed anche a prescindere dal prodursi di un concreto danno o pericolo per la salute dei consumatori⁸³.

Il d.lgs. 6 novembre 2007, n. 193 ha, invece, recepito le prescrizioni dei regolamenti in materia di igiene del 2004. L'art. 6 fissa le sanzioni per la loro trasgressione, tra l'altro comminando, al comma 6, la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 1.000 a euro 6.000 all'operatore del settore alimentare operante ai sensi dei regolamenti (CE) n. 852/2004 e n. 853/2004, *a livello diverso da quello della produzione primaria*, che ometta di predisporre procedure di autocontrollo basate sui principi del sistema HACCP, comprese le procedure di verifica da predisporre ai sensi del reg. (CE) n. 2073/2005 e quelle concernenti le informazioni sulla catena alimentare.

Il comma 7 dell'art. 6 cit. prevede anche una specifica procedura di regolarizzazione, informata al modello della *cooperative compliance*, con cui si punta a persuadere l'impresa non conforme a rimediare alle proprie carenze organizzative, agitando al contempo la minaccia di sanzioni: qualora «l'autorità competente riscontri inadeguatezze nei requisiti o nelle procedure di cui ai commi 4, 5 e 6 fissa un congruo termine di tempo entro il quale tali inadeguatezze devono essere eliminate. Il mancato adempimento entro i termini stabiliti è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 1.000 a euro 6.000». Allo stesso modo è punita «la mancata o non corretta applicazione dei sistemi e/o delle procedure predisposte ai sensi dei commi 4, 5 e 6» (comma 8)⁸⁴.

Per facilitare l'adozione di piani di autocontrollo adeguati, il Ministero della Salute rende disponibili "manuali di corretta prassi igienica", utilizzabili volontariamente dagli operatori, che costituiscono documenti orientativi, la cui predisposizione e divulgazione è comunque promossa dalla normativa comunitaria (reg. (CE) n. 852/2004)⁸⁵. L'elaborazione di tale *soft law* integrativa prevede il coinvolgimento di enti territoriali, Istituto Superiore di Sanità e associazioni di categoria e dei consumatori, ed è differenziata per singoli settori⁸⁶ o obiettivi⁸⁷.

8.2.

Le novità in materia di gestione della sicurezza alimentare al di là dell'Oceano: l'U.S. Food Safety Modernization Act 2011.

Torniamo ad aprire uno scorcio sull'ordinamento nordamericano. Qui la più importante riforma della legislazione in materia di sicurezza alimentare dall'entrata in vigore del FDCA del 1938 si è avuta con il *Food Safety Modernization Act* (FSMA), firmato dal Presidente Obama il 4 gennaio 2011.

Tale legge ha inciso profondamente anche sulle regole di *compliance* alimentare, sposando una logica eminentemente preventiva: «It aims to ensure the U.S. food supply is safe by shifting the focus from responding to contamination to preventing it»⁸⁸. Si punta, così, a proteggere efficacemente la salute collettiva mediante la costruzione di un più solido *food safety system*⁸⁹. Al contempo, la novella agisce sul versante punitivo, introducendo una serie di nuove fattispecie penali per il mancato rispetto di varie regole a tutela della sicurezza degli alimenti.

Di particolare rilievo, in chiave di gestione dei rischi per la sicurezza degli alimenti e dei mangimi, sono le *Final Rules* sui *preventive control for human and animal food*, emanate nel settembre del 2015 dalla *Food and Drug Administration*, in attuazione del FSMA, dopo un ampio processo di consultazione. Esse mirano all'introduzione di controlli preventivi ispirati a criteri moderni e scientifici per l'analisi di rischio, il più possibile omogenei per tutti i settori

⁸³ Il progetto Caselli, all'art. 44 (Modifiche al decreto legislativo 5 aprile 2006, n. 190), prevede la sostituzione dell'art. 2 del d.lgs. 5 aprile 2006, n. 190 con il seguente: «Art. 2 (Sanzioni) – Salvo che il fatto costituisca più grave reato, gli operatori del settore alimentare e dei mangimi che impediscono, ostacolano o comunque non consentono agli organi di controllo la ricostruzione della rintracciabilità di cui all'articolo 18 del regolamento (CE) n. 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 gennaio 2002 sono puniti con l'ammenda da 600 a 6.000 euro».

⁸⁴ Il progetto elaborato dalla Commissione Caselli ha previsto una forma di oblazione contrattata con messa in mora e prescrizioni per gli illeciti contravvenzionali a presidio della sicurezza alimentare: nuovi artt. 12-ter ss. l. n. 283/1962.

⁸⁵ I manuali validati sono reperibili in [questa pagina web](#).

⁸⁶ Ad es. panificazione industriale, industria molitoria, industria della birra e del malto, confezionamento di caffè torrefatto e confezionamento di caffè solubile, allevamenti di ovicapri, allevamenti di bovini da carne, mercati ortofrutticoli all'ingrosso, ecc.

⁸⁷ Ad es. rintracciabilità e igiene dei prodotti alimentari e dei mangimi.

⁸⁸ V. [questa pagina web](#).

⁸⁹ V. [questa pagina web](#).

del mercato alimentare. I requisiti del *food safety plan*, secondo le “regole finali”, sono più articolati e comprensivi del tradizionale piano HACCP. Si richiede in particolare: un piano scritto di sicurezza alimentare; l'analisi dei rischi; controlli preventivi volti a eliminare o minimizzare i rischi, i quali includono i controlli sui processi, gli allergeni alimentari e l'igiene, nonché i controlli della filiera; monitoraggio; azioni correttive e correzioni; verifiche; programmi di gestione della catena di distribuzione; piani di richiamo; registrazioni⁹⁰.

È interessante notare che l'analisi dei rischi, in base alle *final rules*, «deve considerare i fattori di rischio che possono essere presenti nel cibo per ragioni naturali, perché introdotti involontariamente, o perché introdotti intenzionalmente a fini di profitto»; si aggiunge però che i rischi frutto di scelte deliberate «necessitano raramente di controlli, di solito quando si siano già avuti, in precedenza, schemi di adulterazione motivati da ragioni economiche». Ad ogni modo, forme di «adulterazione motivata economicamente che influenzano, ad es., l'integrità dei prodotti o la qualità ma non la sicurezza alimentare, non rientrano nel campo applicativo di tale regola»⁹¹.

8.3.

Il ruolo della standardizzazione privata e della soft law internazionale.

Nel campo della sicurezza alimentare si è sviluppata anche una ricca *standardizzazione privata*, soprattutto ad opera delle organizzazioni non governative dedite alla definizione di norme tecniche nei più svariati ambiti⁹².

In Italia, il documento di riferimento per la realizzazione di un sistema di gestione per l'autocontrollo basato sul metodo HACCP è la *norma UNI 10854:1999* «Azienda agroalimentare - Linee guida per la progettazione e realizzazione di un sistema di autocontrollo basato sul metodo HACCP». Essa contiene le linee guida per progettare e realizzare un sistema di autocontrollo, le quali integrano il metodo HACCP con i principi delle norme della serie ISO 9000, quest'ultima certificabile da parte di un organismo terzo e indipendente.

A livello internazionale, i documenti più importanti sono il *Codex Alimentarius* e la ISO 22000:2005.

Il *Codex Alimentarius*, contenente «General principles of food hygiene», è una sorta di “Bibbia” per coloro che si occupano di sicurezza alimentare. Si tratta, infatti, del documento base per la tutela della salute pubblica dai pericoli negli alimenti e per la promozione degli scambi internazionali di alimenti, attraverso requisiti in materia di *food safety management system* armonizzati a livello mondiale. Il programma è stato creato nel 1963 dalla FAO e dalla OMS. Tutti gli Stati dell'UE sono membri dell'ente incaricato dell'applicazione del *Codex* (la Commissione). Anche l'UE vi ha aderito con decisione del Consiglio n. 2003/822/EC del 17 novembre 2003. Nel 1993 è stato aggiunto al *Codex* un allegato sul sistema HACCP e attualmente è in fase di esame un *restyling* della norma.

La *norma internazionale ISO 22000:2005*, avente ad oggetto «Food safety management systems – Requirements», delinea i sistemi di gestione per la sicurezza alimentare lungo l'intera filiera. In concreto, anche questo documento contiene linee guida per progettare e realizzare un sistema di autocontrollo, integrando il metodo HACCP con i principi delle norme della serie ISO 9000. Lo *standard*, pertanto, si rivolge a tutti gli attori implicati nella catena alimentare: aziende agricole, mangimifici, allevamenti, aziende agroalimentari, supermercati, rivenditori al dettaglio e all'ingrosso, aziende di trasporto, produttori di imballaggi e macchinari alimentari, aziende fornitrici di prodotti per la pulizia e sanificazione, fornitori di servizi. Scopo della norma è definire i criteri per identificare i pericoli e stabilire le misure da attuare per prevenirli, ridurli o eliminarli al fine di garantire la sicurezza igienica dei prodotti alimentari. Gli elementi chiave sono: la comunicazione interattiva, tra l'azienda interessata e i diversi attori, a monte e a valle della catena di fornitura; il sistema di gestione aziendale; il controllo di processo; la metodologia HACCP, applicata secondo quanto previsto dal *Codex Alimentarius*; la gestione dei pericoli per la sicurezza igienica tramite misure di controllo operative.

⁹⁰ *Current Good Manufacturing Practice, Hazard Analysis, and Risk-Based Preventive Controls for Human Food*, in [questa pagina web](#).

⁹¹ Cfr. [questa pagina web](#).

⁹² Sul fondamentale ruolo della standardizzazione privata di regole cautelari nell'ambito della sicurezza alimentare, cfr. V. TORRE, *Produttori di alimenti o produttori di norme*, in L. Foffani – A. Doval Pais – D. Castronuovo (a cura di), *La sicurezza*, cit., p. 507 ss.

Oltre alla 22000:2005, l'Organizzazione internazionale per la normazione ha elaborato diverse altre norme centrate, in maniera più dettagliata, su ambiti specifici di un *food safety management system*: ad esempio i requisiti per la fabbricazione di alimenti (ISO 22002-1) e la rintracciabilità nella filiera alimentare e dei mangimi (ISO 22005).

8.4.

Dal sistema di gestione della sicurezza alimentare alla prevenzione del rischio di commissione di reati alimentari.

Tutti i sistemi di gestione sin qui esaminati mirano ad assicurare la sicurezza dei prodotti alimentari, non la qualità o l'integrità in generale. Sono chiarissime, al riguardo, le *final rules* statunitensi: «Economically motivated adulteration that affects product integrity or quality, for example, but not food safety, is out of the scope of this rule».

Lo spettro preventivo dei modelli organizzativi *ex d.lgs. n. 231/2001* in materia alimentare è, però, più ampio. I reati *lato sensu* alimentari che un'impresa è chiamata a scongiurare non includono solo condotte aventi ad oggetto alimenti dannosi o pericolosi per la salute pubblica; vi rientrano anche condotte fraudolente, ingannevoli o sleali che attentano agli interessi economici dei consumatori, a prescindere dall'impatto sulla loro salute.

Sicuramente, quindi, assumono rilievo anche la *qualità dei prodotti* e i relativi sistemi di gestione. Un sistema di prevenzione dei reati alimentari dovrà, quindi, apprestare una piattaforma di regole e procedure per tutelare anche questi ulteriori interessi, al di là di quanto già imposto dalla normativa amministrativa di riferimento (HACCP e altre procedure obbligatorie)⁹³.

Come si è già notato, il problema principale al riguardo è la scarsa determinatezza e specificità della disciplina generale del modello organizzativo (artt. 6 e 7 d.lgs. n. 231/2001).

Per rimediare, il recente progetto italiano di riforma dei reati in materia agroalimentare predisposto dalla Commissione Caselli ha imboccato una strada interessante e che, in linea di principio, viene lodevolmente incontro agli auspici della dottrina: l'espressa *tipizzazione dei requisiti essenziali del modello organizzativo dell'impresa alimentare*, che dovrebbero confluire in un nuovo art. 6-*bis* del d.lgs. n. 231/2001.

9.

Le proposte della Commissione Caselli (d.d.l. S. 2231) in tema di responsabilità degli enti da reato alimentare.

Il venturo art. 6-*bis* del d.lgs. n. 231/2001 delinea una sorta di manifesto dell'impresa alimentare virtuosa.

Per la nozione di "impresa alimentare" è fatto rinvio all'art. 3 del reg. n. 178/2002 CE, che la definisce come «ogni soggetto pubblico o privato, con o senza fini di lucro, che svolge una qualsiasi delle attività connesse ad una delle fasi di produzione, trasformazione e distribuzione degli alimenti». Vi rientrano quindi anche le imprese operanti nella fase della produzione primaria, inclusiva di «tutte le fasi della produzione, dell'allevamento o della coltivazione dei prodotti primari, compresi il raccolto, la mungitura e la produzione zootecnica precedente la macellazione e comprese la caccia e la pesca e la raccolta di prodotti selvatici». Rispetto ai sistemi HACCP, vincolanti solo nella fase post-primaria, ne discende una cospicua dilatazione della cerchia di imprese chiamate ad aderire alla strategia della *compliance* preventiva, quantunque l'omessa adozione del modello *ex art. 6-bis* non sia direttamente sanzionata.

Restano al di fuori della nozione comunitaria di "impresa alimentare" le "imprese nel settore dei mangimi". Inoltre, ai fini della responsabilità *ex d.lgs. n. 231/2001*, rileva soltanto l'impresa alimentare esercitata in forma societaria.

L'art. 6-*bis* è redatto sulla falsariga dell'art. 30 del d.lgs. n. 81/2008, avente ad oggetto il modello organizzativo in materia di salute e sicurezza dei lavoratori. Tuttavia, raffrontando le due disposizioni, una significativa discrasia balza agli occhi.

L'art. 30 citato è applicabile, potenzialmente, a qualsiasi ente destinatario del d.lgs. n.

⁹³ Sui possibili contenuti, v. le utili indicazioni di V. VALENTINI, *Diritto penale della privativa industriale e misure di compliance*, in R. Borsari (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico*, Padova, 2016, p. 279.

231/2001, a fini di prevenzione di specifiche figure di reato offensive della vita o dell'incolumità dei lavoratori: omicidio colposo e lesioni colpose gravi o gravissime, commessi con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro.

Viceversa, l'art. 6-bis è costruito *a parte subiecti* e traccia i requisiti dei «Modelli di organizzazione» – stranamente si adotta il plurale nella rubrica dell'articolo – di una specifica tipologia di ente collettivo: quello, appunto, «qualificato come impresa alimentare». L'integrazione del precetto cautelativo generale è quindi operata in funzione del soggetto destinatario più che dei reati da prevenire. Sul piano della penal-prevenzione, la disposizione ha una struttura totalmente «aperta».

9.1.

Profili critici. L'alterazione della logica ascrittiva delineata dal d.lgs. n. 231/2001.

La tecnica di regolamentazione appena esposta altera la logica ascrittiva della responsabilità *ex d.lgs. n. 231/2001*, che non insiste su una «condotta di vita disorganizzata» o un difetto di organizzazione generale, ma sulla mancata prevenzione, attraverso adeguate contromisure cautelative, di specifici reati in concreto realizzati. In altre parole, la *corporate liability* in Italia (allo stesso modo che in Spagna) poggia sulla verifica di un reato, resa possibile – o quanto meno sensibilmente agevolata – da una lacuna organizzativa dell'ente. È imprescindibile il c.d. «fatto di connessione» (*Anknüpfungstat, hecho de conexión*)⁹⁴ tra il rimprovero corporativo e la responsabilità individuale, dando vita così ad un *mixtum compositum* sul piano dell'imputazione: carente organizzazione dell'ente+reato individuale.

Ed infatti il modello organizzativo nostrano, quale causa di esenzione della responsabilità, è volto a prevenire «reati della specie di quello verificatosi», in quanto commessi – nell'interesse/vantaggio dell'ente – dai soggetti apicali (art. 6 d.lgs. n. 231/2001); così come il reato del sottoposto deve essere stato «reso possibile» dalla carente organizzazione dell'ente (art. 7). Specularmente, l'art. 31-bis del *Código Penal* spagnolo esclude la responsabilità penale dell'ente se «el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión» (corsivi aggiunti).

In buona sostanza, il nesso di rischio che fonda l'imputazione deve intercorrere tra la mancata adozione di un modello adeguato e reati determinati.

D'altra parte, c'è una nitida differenza tra una precipua attività di prevenzione dei reati (alimentari) e una più generica attività di identificazione e gestione di rischi per la qualità e sicurezza dei prodotti alimentari o per la lealtà nei confronti dei consumatori.

Già nella fase di *risk assessment*, si tratta di compiere scelte 'politiche', tutt'altro che asettiche, in ordine al parametro a cui informare l'attività valutativa. Si pensi al principio di precauzione⁹⁵. Sul piano penalistico, il *progetto Caselli* ha compiuto una scelta garantistica, coerente con lo *standard* epistemologico 'forte' del diritto penale: nelle nozioni di alimenti «non sicuri», «pregiudizievoli per la salute» o «inadatti al consumo umano» – oggetto materiale dei reati previsti dalla l. n. 283/1962 –, non rientrano «gli alimenti, gli ingredienti, i componenti o i mangimi per animali destinati alla produzione alimentare che risultano vietati in forza del principio di precauzione». I fatti previsti dall'art. 5 della l. n. 283/1962 (i classici reati alimentari), nel caso in cui riguardino «previsioni legislative o regolamentari in materia di sicurezza alimentare che attuano il principio di precauzione», sono passibili soltanto di sanzioni amministrative ai sensi del successivo art. 5-ter⁹⁶.

⁹⁴ Cfr. G. DE SIMONE, *Il «fatto di connessione» tra responsabilità individuale e responsabilità corporativa*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2011, n. 1/2, p. 33 ss.

⁹⁵ Cfr. sul principio di precauzione come «regola di organizzazione», F. ALBISINNI, *Strumentario di diritto alimentare europeo*, Torino, 2015, p. 68.

⁹⁶ Il comma 2 dell'art. 5-ter precisa che «Agli effetti del comma 1, per violazioni che contrastano col principio di precauzione si intendono quelle rispetto alle quali la nocività per la salute degli alimenti dipende da valutazioni normative che non presentano certezza cognitiva sulle leggi scientifiche relative alla sussistenza del pericolo per la salute, e risultano da previsioni normative europee o nazionali in materia che si richiamano al predetto principio». Sulla «svolta nel modo di intendere il principio di precauzione» nel *progetto Caselli*, cfr. M. DONINI, *Il progetto 2015 della Commissione Caselli. Sicurezza alimentare e salute pubblica nelle linee di politica criminale della riforma dei reati agroalimentari*, in *questa Rivista*, 2016, n. 1, p. 25 ss.

Ad ogni modo, il vuoto di contenuti circa i reati ricompresi nel perimetro dell'art. 6-*bis* genera disorientamento nell'interprete, con evidente *vulnus* al principio di legalità che governa anche la responsabilità *ex crimine* degli enti (art. 2 d.lgs. n. 231/2001).

Potremmo mai congetturare che il modello organizzativo dell'impresa alimentare, delineato dalla disposizione in oggetto, sia funzionale alla prevenzione di qualsiasi reato-presupposto, assorbendo, ad es., anche la corruzione, sino a coprire l'intero spazio applicativo dell'art. 6 d.lgs. n. 231/2001? Evidentemente no, giacché le cautele ivi (soltanto) evocate si riferiscono a rischi collegati alla produzione, trasformazione e commercializzazione di prodotti alimentari. Ma, allora, perché parlare genericamente di «modelli di organizzazione dell'ente qualificato come impresa alimentare»? Sarebbe stato più appropriato specificare le ipotesi di reato che l'impresa è chiamata a prevenire attraverso il modello *ex art. 6-bis*.

Né varrebbe ribattere che pure l'art. 30 del d.lgs. n. 81/2008 fa genericamente riferimento «al modello di organizzazione e di gestione idoneo ad avere efficacia esimente della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica». In realtà, nell'opera di riproduzione e adattamento alla materia alimentare, si è trascurato che i confini del *risk assessment* nel sistema aziendale prevenzionistico sono tassativamente delimitati dall'art. 1, lett. dd, dello stesso d.lgs. n. 81/2008, che fa puntuale riferimento ad un «modello organizzativo e gestionale per la definizione e l'attuazione di una politica aziendale per la salute e sicurezza, ai sensi dell'articolo 6, comma 1, lettera a), del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, idoneo a prevenire i reati di cui agli articoli 589 e 590, terzo comma, del codice penale, commessi con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela della salute sul lavoro» (corsivo nostro).

Peraltro, il comma 3 dell'art. 6-*bis*, nel dettare – come evidenzieremo di seguito – una disposizione parzialmente derogatoria in punto di attribuzione delle funzioni di vigilanza sul modello organizzativo nelle piccole e medie imprese, parla genericamente di «modelli in materia di reati alimentari». Ma si tratta nuovamente di nozione atecnica, che non trova nessun altro appiglio testuale nel *progetto Caselli*⁹⁷. Anzi, come diremo di qui a breve, proprio i reati previsti dalla legge del 30 aprile 1962, n. 283, contenente la “Disciplina igienica della produzione e della vendita delle sostanze alimentari e delle bevande”, sono rimasti estranei alla preconizzata estensione del catalogo dei reati-presupposto della responsabilità dell'ente. E ciò forse aiuta a comprendere la collocazione toponomastica della norma sui modelli organizzativi dell'impresa alimentare nel *corpus* generale del d.lgs. n. 231/2001, anziché nella legge complementare di settore.

Infine, neppure è in grado di ovviare alla lamentata carente determinatezza l'inciso – con cui si apre l'art. 6-*bis* – «nei casi di cui all'articolo 6». Il riferimento, dunque, è ai «reati», senza altra precisazione, commessi nell'interesse o a vantaggio dell'ente da un soggetto apicale. Anzi, tale visione progettuale schiude un ulteriore fronte problematico, non essendo agevole discernere perché il modello organizzativo in esame debba operare e possa acquisire efficacia esimente solo rispetto ai reati commessi da soggetti apicali e non anche da sottoposti all'altrui direzione o vigilanza (art. 7, d.lgs. n. 231/2001). Tanto più che la realizzazione di un reato doloso⁹⁸ ai danni della salute umana o della lealtà commerciale da parte di un soggetto in posizione verticistica, già tenuto a compiere precise scelte organizzative imposte dalla normativa extrapenale (si pensi al sistema HAACP), assumerebbe il più delle volte un valore indiziario conclusivo della carente *policy* organizzativa dell'ente.

9.2.

Dubbi concernenti i requisiti essenziali del modello dell'impresa alimentare.

Altri dubbi aleggiano attorno alla specificazione normativa dei requisiti essenziali del modello dell'impresa alimentare, che grossomodo riproducono gli stadi essenziali di un sistema gestionale secondo il classico “ciclo di Deming”: *plan-do-check-act*.

Ovviamente, e in parte sarebbe illusorio attenderselo, il progetto di riforma non forma-

⁹⁷ Il d.d.l. S. 2231 che lo ha recepito è invece intitolato «Nuove norme in materia di reati agroalimentari»; ma pure l'espressione «reati agroalimentari» non ricorre mai nell'articolato proposto.

⁹⁸ V. *infra* sulla natura dolosa di tutti i reati alimentari che dovrebbero comporre il quadro delle fattispecie-presupposto della responsabilità dell'ente, secondo le prospettive di riforma in esame.

lizza, né indica, alcuna concreta procedura preventiva. L'art. 6-*bis* si limita a puntualizzare che l'impresa alimentare deve: valutare i rischi in relazione ai quali allestire un programma di misure organizzative e gestionali volte ad assicurare tutti gli obblighi giuridici appresso menzionati; registrare le attività prescritte nel modello organizzativo; articolare in modo congruo funzioni e responsabilità; prevedere un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello; vigilare sull'attuazione e la funzionalità del modello e rivederlo quando necessario.

Il fulcro del modello, evidentemente, è la previsione di un «sistema aziendale per l'adempimento di tutti gli obblighi giuridici, a livello nazionale e sovranazionale, relativi» alle materie espressamente indicate (comma 1 dell'art. 6-*bis*).

Il mancato rinvio agli obblighi internazionali⁹⁹ nasce, probabilmente, dalla circostanza che le regole di fonte internazionale pattizia possono acquisire efficacia giuridica nell'ordinamento interno solo attraverso atti di recepimento, per cui una volta trasposte esse assumono anche la veste di obblighi di rilievo nazionale. Quelli sovranazionali, invece, sono ora contenuti, in gran parte, in regolamenti dell'UE, e quindi in atti aventi portata generale e «obbligatorie in tutti i loro elementi e direttamente applicabili in ciascuno degli Stati membri» (art. 288, par. 2, TFUE).

Ad ogni modo, non è facile risalire a ciascuno degli obblighi tratteggiati nell'art. 6-*bis*¹⁰⁰, in quanto disseminati in una miriade di leggi speciali e strumenti sovranazionali.

Per giunta, essi si riferiscono a gruppi di istanze normative di diversa indole e proiezione teleologica.

(1) I doveri menzionati nelle lettere *a*) e *b*) richiamano, essenzialmente, *regulae iuris* a tutela dell'interesse dei consumatori a ricevere informazioni o pubblicità non ingannevoli e coerenti con le caratteristiche del prodotto. Si tratta, nel caso di specie, di prevenire, mediante un appropriato sistema cautelativo, il *rischio-mendacio* e il *rischio-frode*: dalla messa in circolazione dei prodotti all'intervallazione di trattative fino alla concreta vendita-consegna all'acquirente. Occorre quindi assicurare una corretta informazione e pubblicità, mediante la fissazione di *standard* oggettivi conformi al quadro giuridico di riferimento, processi di revisione dei contenuti pubblicitari, adeguati controlli, ecc.

De lege lata, le cautele in discorso paiono certamente utili per disinnescare o minimizzare il rischio di commissione dei reati di cui agli artt. 515, 517 e 517-*quater* c.p.

De lege ferenda, esse aiuterebbero a prevenire i reati menzionati nel venturo art. 25-*bis*.2 (frode in commercio di prodotti alimentari, vendita di alimenti con segni mendaci, contraffazione di alimenti a denominazione protetta, agropirateria) e nel nuovo art. 444 c.p. (informazioni commerciali ingannevoli pericolose) citato dall'art. 25-*bis*.3. Basta scorrere la descrizione delle condotte tipiche per avvedersene. Ad esempio, il delitto di frode in commercio di prodotti alimentari (nuovo art. 516 c.p.) può essere commesso attraverso dichiarazioni false sull'origine, provenienza, qualità o quantità di prodotti o servizi offerti, pattuiti o pubblicizzati. Similmente, la modalità realizzativa del delitto riformulato in seno all'art. 444 c.p. implica «informazioni commerciali false o incomplete riguardanti alimenti», tali nella specie da pregiudicare la sicurezza della loro consumazione con pericolo concreto per la salute pubblica¹⁰¹.

(2) Le lettere *c*), *d*) ed *e*) evocano, per lo più, obblighi giuridici a tutela della genuinità e sicurezza degli alimenti in tutte le fasi della filiera alimentare, inclusa la produzione primaria: rintracciabilità; qualità, sicurezza e integrità dei prodotti alimentari; ritiro o richiamo dei prodotti insicuri. Assumono rilievo, sotto questo profilo, vari strumenti organizzativi: i

⁹⁹ Notato da D. FONDAROLI – U. POLI, *Il disegno di legge s. 2231 recante «Nuove norme in materia di reati agroalimentari» e lo schema proposto dalla commissione Caselli: prospettive di dilatazione della responsabilità penale personale e della responsabilità d'impresa*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2016, n. 2, 30, nt. 42.

¹⁰⁰ Art. 6-*bis*, comma 1: «[...] sistema aziendale per l'adempimento di tutti gli obblighi giuridici, a livello nazionale e sovra-nazionale, relativi: a) al rispetto degli *standard* relativi alla fornitura di informazioni sugli alimenti; b) alle attività di verifica sui contenuti delle comunicazioni pubblicitarie al fine di garantire la coerenza degli stessi rispetto alle caratteristiche del prodotto; c) alle attività di vigilanza con riferimento alla rintracciabilità, ovvero alla possibilità di ricostruire e seguire il percorso di un prodotto alimentare attraverso tutte le fasi della produzione, della trasformazione e della distribuzione; d) alle attività di controllo sui prodotti alimentari, finalizzati a garantire la qualità, la sicurezza e l'integrità dei prodotti e delle relative confezioni in tutte le fasi della filiera; e) alle procedure di ritiro o di richiamo dei prodotti alimentari importati, prodotti, trasformati, lavorati o distribuiti non conformi ai requisiti di sicurezza degli alimenti; f) alle attività di valutazione e di gestione del rischio, compiendo adeguate scelte di prevenzione e di controllo; g) alle periodiche verifiche sull'effettività e sull'adeguatezza del modello». In tema, C. CUPPELLI, *Il cammino verso la riforma dei reati in materia agroalimentare*, in *Dir. pen. cont.*, 2 novembre 2015.

¹⁰¹ Questa disposizione attesta come non sia sempre agevole tracciare la linea divisoria tra frodi alimentari e delitti contro la sicurezza alimentare: spesso comportamenti fraudolenti – come un'etichettatura o pubblicità ingannevoli – possono dare luogo a pericoli assai elevati per la salute umana.

sistemi di gestione della qualità, segnatamente procedure di accreditamento e selezione dei fornitori, analisi a campione, controlli sul possesso delle qualità intrinseche dei prodotti DOP e IGP, ecc.; controlli sulla gestione del processo produttivo, le condizioni di conservazione dei prodotti, le logistiche e il *packaging*; le procedure di tracciabilità dei prodotti alimentari e di qualsiasi altra sostanza in essi introdotta; i sistemi di sicurezza alimentare HACCP¹⁰² ed eventualmente – come poli di un *continuum* – i sistemi di gestione ISO, UNI *et similia*; i protocolli di ritiro e richiamo dei prodotti alimentari e di informazione delle autorità competenti, ecc.

Da quest'angolazione, si profila un chiaro nesso con i reati contro la salute pubblica recepiti nel nuovo art. 25-*bis*.3 del d.lgs. n. 231/2001: art. 439 c.p., avvelenamento di acque o di alimenti; art. 439-*bis* c.p., contaminazione o corruzione di acque o di alimenti; art. 440 c.p., adulterazione o contraffazione di sostanze alimentari; art. 442 c.p.¹⁰³, omesso ritiro di alimenti pericolosi; art. 445-*bis* c.p., disastro sanitario; art. 452, delitti colposi contro la salute pubblica.

(3) le lettere *f* e *g*), infine, si limitano a cristallizzare i requisiti classici di qualsiasi adeguato sistema gestionale di rischi (nella specie alimentari): *risk assessment*, *risk management*, monitoraggio e controllo. Questo è il metodo da osservare per far sì che il rispetto degli obblighi avvenga in maniera sistematica, strutturata e non episodica («un sistema aziendale per...»). Deve partirsi, dunque, da un'attenta identificazione e valutazione dei rischi da contenere, per approdare all'elaborazione di procedure organizzative, decisionali e di controllo nei settori a rischio-reato. Nel caso di specie, deve trattarsi – come si è detto – di procedure volte ad assicurare informazioni veritiere, pubblicità corrette, alimenti sicuri e di qualità, il ritiro o richiamo di alimenti non conformi ai requisiti di sicurezza.

9.3. *L'incongrua esclusione dei delitti colposi e delle contravvenzioni in materia alimentare dal novero dei reati-presupposto della responsabilità dell'ente.*

I nuovi reati-presupposto della responsabilità dell'ente, di cui il *progetto Caselli* prospetta l'innesto nella c.d. "parte speciale" del d.lgs. n. 231/2001, sono – ad eccezione dell'avvelenamento colposo di acque (art. 452 c.p.) – tutti di natura *dolosa* e di gravità tale da poter comportare, rispetto ai nuovi delitti contro la salute pubblica e di agropirateria alimentare, l'irrogazione anche di sanzioni interdittive¹⁰⁴.

Non si prevede, invece, l'ancoraggio della responsabilità corporativa pure ai (nuovi) delitti e contravvenzioni in materia alimentare ubicati nella legislazione *extra codicem* (l. n. 283/1962)¹⁰⁵.

La *ratio* di siffatta esclusione¹⁰⁶ appare indecifrabile, specie per i delitti di natura dolosa puniti con la reclusione da 1 a 4 anni, di cui al nuovo art. 5, comma 1, l. n. 283/1962.

¹⁰² Sull'assonanza strutturale e funzionale tra procedure HACCP e modelli organizzativi *ex* d.lgs. n. 231/2001, cfr. V. PACILEO, *Autocontrollo igienico-sanitario nell'impresa alimentare e modelli di organizzazione aziendale: un confronto possibile tra d.lg. n. 155/97 e d.lg. n. 231/01*, in *Cass. pen.*, 2003, n. 7-8, p. 2494 ss.; S. MASINI, *Modelli organizzativi e responsabilità dell'impresa alimentare (d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231)*, in *Dir. giur. agr. alim. amb.*, 2012, 79 ss.

¹⁰³ Erroneamente menzionato nel d.d.l. S. 2231 come art. 440-*bis* c.p. Si tratta dell'unico reato configurato come proprio dell'operatore del settore alimentare; esso punta ad adeguare l'ordinamento interno alle istruzioni contenute nel reg. (CE) n. 178 del 2002, e di questa influenza inevitabilmente risente nel delimitare la cerchia dei soggetti attivi. Appare singolare, peraltro, che la figura soggettiva di matrice europea sia stata mutuata per tipizzare solo tale incriminazione di nuovo conio.

¹⁰⁴ Circa le sanzioni interdittive, il *progetto Caselli* prevede un'altra novità, consistente nell'introduzione, tra le modalità di riparazione delle conseguenze del reato di cui all'art. 17 del d.lgs. n. 231/2001 che impediscono l'applicazione delle dette sanzioni, l'accettazione delle prescrizioni impartite dall'autorità giudiziaria ai sensi dell'articolo 85 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, concernenti – nuovo comma 2-*bis* – la destinazione dei prodotti non conformi alle vigenti norme di settore a favore di enti territoriali o altri enti pubblici per esclusivi fini assistenziali, previa rimozione dell'eventuale marchio o segno distintivo o indicazione, anche figurativa, che costituisce reato ovvero previo declassamento merceologico o regolarizzazione amministrativa.

¹⁰⁵ Anche sotto questo profilo, la situazione è radicalmente diversa rispetto ai delitti colposi di evento afferenti alla salute e sicurezza dei lavoratori menzionati nell'art. 25-*septies* del d.lgs. n. 231, poiché il criterio di imputazione soggettiva e, correlativamente, la pregnanza offensiva della condotta non può non influenzare il contenuto delle misure preventive atte a prevenirla.

¹⁰⁶ La ritiene «frutto di una dimenticanza» da emendare da parte del legislatore, M. DONINI, *Il progetto 2015*, cit., p. 29 s. Fortemente critico, e giustamente, anche F. URBINATI, *Responsabilità da reato agroalimentare delle persone giuridiche*, in *Arch. pen.*, 2017, n. 1, 12.

9.4. *Imprecisioni lessicali.*

Molte altre imprecisioni e sbavature lessicali denuncia la formulazione dell'art. 6-*bis*, che non è possibile in questa sede trattare *funditus*.

Intendiamo soffermarci, per rapidi cenni, soltanto sulle seguenti.

L'art. 6-*bis*, comma 1, fa riferimento al modello «idoneo ad avere efficacia esimente o attenuante della responsabilità» dell'impresa alimentare. Non è chiaro se l'inedita variante dell'*attenuazione della responsabilità* si riferisca ai vantaggi premiali che, sul piano del trattamento punitivo, può procurare l'adozione *ex post* del modello organizzativo secondo l'impalcatura generale del d.lgs. n. 231/2001, ovvero a situazioni in cui il modello, pur non conforme a quanto giuridicamente esigibile, sia in grado di denotare una situazione di colpevolezza affievolita. Anche sotto questo profilo, il precetto normativo appare censurabile per violazione del principio costituzionale e convenzionale di legalità, *sub specie* di determinatezza¹⁰⁷. Pure il richiamo alla costellazione di «casi di cui all'art. 6» è fonte di disorientamento, posto che esso prevede l'adozione e attuazione *ex ante* del modello quale causa di esonero da responsabilità, non anche di attenuazione.

Il comma 1, lett. g), dell'art. 6-*bis* menziona le «periodiche verifiche sull'effettività e sull'adeguatezza del modello»: si tratta di un infedele trapianto della previsione contenuta nell'art. 30 del t.u. in materia di salute e sicurezza¹⁰⁸, che si sovrappone con il comma 3 dell'art. 6-*bis*, il quale richiede l'istituzione di «un idoneo sistema di vigilanza e controllo sull'attuazione del medesimo modello».

Infine, mentre il comma 1 della disposizione in discorso menziona soltanto gli *standard* relativi agli alimenti che le «imprese alimentari» di cui al reg. (CE) n. 178/2002 sono chiamate a rispettare (nulla si dice in merito alle imprese dei mangimi), l'ultimo comma fa riferimento, in modo scoordinato, ai «compiti di prevenzione e tutela della sicurezza degli alimenti o mangimi» che il titolare delle microimprese può svolgere direttamente, nonché all'«operatore del settore degli alimenti e dei mangimi». Peraltro, l'art. 8 del d.d.l. S. 2231 prevede l'innesto nel codice penale di una norma definitoria (art. 445-*ter*, comma 2), secondo cui «agli effetti della legge penale per alimenti si intendono prodotti o sostanze alimentari ovvero mangimi destinati alla nutrizione degli animali». Insomma, l'art. 6-*bis* si applica o no alle imprese nel settore dei mangimi costituite in forma societaria¹⁰⁹? Un altro *rebus* propinato all'interprete a cagione di un'evitabile sciattezza redazionale.

9.5. *Il nodo irrisolto dell'organismo di vigilanza sull'attuazione del modello organizzativo nella PMI.*

Un altro ambito di cui non si riesce a cogliere appieno la razionalità riguarda le previsioni speciali che l'art. 6-*bis*, commi 3 e 4, dedica alla figura dell'organismo chiamato a vigilare sull'attuazione e la funzionalità del modello organizzativo dell'impresa alimentare.

Come si è già accennato, in Italia il fenomeno della concentrazione dei processi di produzione e distribuzione degli alimenti è meno pronunciato che altrove: tuttora prevale il modello della piccola e media impresa, che rappresenta un tratto distintivo della nostra economia¹¹⁰.

La Commissione Caselli, prefiggendosi l'obiettivo di propiziare la diffusione di più puntuali modelli di profilassi anti-reato anche in queste realtà minori, comprensibilmente si è posta il problema di come rendere compatibile un impianto organizzativo così strutturato come quello delineato dall'art. 6-*bis*. Sotto questo profilo, l'istituzione di un organismo di vigilanza interno all'ente rappresenta, indubbiamente, uno degli oneri più gravosi.

La soluzione escogitata è improntata a un'articolata differenziazione, secondo una logica discendente.

Nelle *piccole e medie imprese* ai sensi della l. n. 180/2011 (cioè con meno di 250 dipendenti

¹⁰⁷ Analoghe perplessità esprimono D. FONDAROLI – U. POLI, *Il disegno*, cit., 28.

¹⁰⁸ In cui si fa riferimento alle «periodiche verifiche dell'applicazione e dell'efficacia delle procedure adottate», essenzialmente le procedure di lavoro in sicurezza e le altre richieste dalla normativa prevenzionistica.

¹⁰⁹ Propendono per la risposta affermativa D. FONDAROLI – U. POLI, *Il disegno*, cit., 29.

¹¹⁰ In futuro, però, soprattutto nella fase distributiva, crescerà verosimilmente anche in Italia il grado di concentrazione societaria, al fine di ridurre il numero di passaggi nella filiera e raggiungere economie di scala utili al contenimento dei costi di produzione.

e fatturato annuo o un totale di bilancio annuo non superiori a 10 milioni di euro), si pensa di consentire la creazione di un organismo di vigilanza monocratico, purché il soggetto incaricato sia dotato, oltre che di autonomi poteri di iniziativa e controllo (adeguatezza oggettiva), di professionalità e specifica competenza anche nel settore alimentare (adeguatezza soggettiva). Di più: egli dovrebbe essere inserito in un apposito elenco nazionale istituito presso le Camere di commercio, industria, artigianato ed agricoltura con provvedimento del Ministero dello sviluppo economico (art. 6-*bis*, comma 3). Una previsione, questa, in cui si annida il rischio di un'ultronea burocratizzazione della figura in esame, peraltro – poco comprensibilmente – riservata proprio alla PMI, dove per ragioni dimensionali viepiù si avverte un'esigenza opposta.

Ancor meno meditata appare la disposizione speciale concernente l'organismo di vigilanza nelle *micro-imprese*, cioè con meno di 10 dipendenti e volume di affari inferiore a 2 milioni di euro. Nella fattispecie, si sancisce la facoltà del titolare dell'impresa alimentare di svolgere direttamente i «compiti di prevenzione e tutela della sicurezza degli alimenti o mangimi e della lealtà commerciale» qualora abbia frequentato corsi di formazione adeguati, da definire in sede di Conferenza Stato-Regioni (riappare la vocazione imitativa con la disciplina antinfortunistica); nel caso di specie – continua la disposizione – il titolare «non ha l'obbligo di designare l'operatore del settore degli alimenti o dei mangimi, il responsabile della produzione e il responsabile della qualità» (art. 6-*bis*, comma 4).

Ora, a parte l'immaginosa idea secondo cui un'impresa con meno di dieci dipendenti possa avvalersi di tante figure dirigenziali e di controllo (è forse *obbligatorio* designarle, ove il titolare dell'impresa non intenda assumere i compiti indicati?), preoccupa il riferimento a competenze che sottendono una vera e propria posizione di garanzia penalmente rilevante, come tale suscettibile anche di delega a terzi, vale a dire alle altre figure indicate. Affiora, dunque, una pericolosa confusione tra il ruolo dell'organismo di vigilanza previsto dal d.lgs. n. 231/2001, deputato a vigilare *ex lege* sull'attuazione e funzionalità del modello organizzativo, e soggetti garanti tenuti a proteggere, in via immediata, l'integrità dei beni-cardine della disciplina penalistica *in subiecta materia*, vale a dire sicurezza alimentare e interessi economici dei consumatori, incluso il loro diritto a ricevere informazioni veritiere.

Ad ogni modo, la matassa del modello organizzativo nelle piccole e piccolissime imprese societarie è assai difficile da sbrogliare, giacché si pone a monte dell'impianto normativo. Basti pensare alla sostanziale violazione del *ne bis in idem* di cui è intrisa, in questi casi, la concorrente punizione dell'impresa e del suo titolare¹¹¹.

Conclusioni.

Lo stato attuale del mercato mondiale degli alimenti, dominato dalle multinazionali del settore e caratterizzato da concentrazione societaria, globalizzazione e finanziarizzazione, rende necessario responsabilizzare direttamente le società commerciali per la realizzazione dei *food crimes*.

Se il sistema nordamericano di contrasto al crimine di impresa si è sviluppato quasi esclusivamente in questa direzione, sino a sollecitare di recente la rivitalizzazione delle pene individuali, la classica risposta continentale, cioè la dilatazione della responsabilità dei vertici aziendali o dirigenti, si rivela ormai insostenibile per ragioni sia di efficienza che di garanzia. Ferma restando la necessità di un giusto bilanciamento tra responsabilità individuali e dell'ente, occorre estendere la *corporate liability* prevista dal d.lgs. n. 231/2001 anche ai reati alimentari, i quali pure devono essere completamente riconfigurati.

Circa la struttura della responsabilità dell'ente, il paradigma basato sulla carente organizzazione interna, già pionieristicamente adottato dal nostro legislatore nel 2001, appare il più adatto allo scopo ed anche il più coerente con la filosofia ispiratrice della fitta regolamentazione europea in materia di alimenti, secondo la quale i relativi rischi vanno gestiti con un approccio di tipo preventivo, sistematico e documentato.

Il problema della scarsa determinatezza delle misure organizzative atte a fronteggiare il rischio-reato e dei criteri di accertamento giudiziale dell'idoneità del modello può essere af-

¹¹¹ Nell'ordinamento italiano non è prevista neppure una disposizione come quella dettata dall'art. 31-*ter*, comma 1, seconda parte, del *Código Penal* spagnolo, che codifica il c.d. principio del computo delle multe irrogate alla persona fisica e alla persona giuridica, in ottica di "modulazione" delle rispettive quantità, sì da assicurare la proporzione complessiva dell'intervento punitivo.

frontato sia attraverso un'accorta integrazione legislativa, sia recependo, in sede applicativa, gli indirizzi rivenienti dalla normativa europea, dalla *soft law* internazionale e dalla standardizzazione privata, che vantano una lunga tradizione nel campo dei sistemi di gestione per la sicurezza alimentare.

Tuttavia, sul piano della responsabilità *ex crimine* dell'ente il discorso si complica e tende a divenire multidimensionale, giacché un'impresa alimentare deve prevenire anche condotte fraudolente o ingannevoli che, pur non compromettendo la salute umana, mettono in pericolo gli interessi economici dei consumatori.

Il recente progetto italiano di riforma dei reati in materia agroalimentare, elaborato dalla Commissione Caselli, è apprezzabile per lo sforzo di "codificazione" di un modello organizzativo-tipo dell'impresa alimentare (nuovo art. 6-*bis* del d.lgs. n. 231/2001).

Tuttavia, il potenziamento dell'etero-normazione in questo delicato settore, per il modo in cui è stato tecnicamente congegnato, presenta diverse incongruenze e potrebbe sollevare un nuovo sciame di problemi interpretativi.

Tra le numerose criticità, l'art. 6-*bis* di nuovo conio non specifica i tipi di reati alimentari che il modello è chiamato a prevenire e rispetto ai quali può assumere *ex lege* efficacia esimente; anzi proprio gli illeciti previsti dalla legislazione complementare in materia alimentare sono stranamente pretermessi dalla riforma in cantiere. Il modello dell'impresa alimentare, inoltre, è riferito «ai casi di cui all'articolo 6» cioè ai reati commessi dagli apici: quelli in cui è più arduo dimostrare l'esistenza o l'attuazione di un efficace sistema di gestione della sicurezza e della lealtà commerciale, specie nel caso delle condotte dolose di riferimento. Infine, non appare convincente la soluzione prospettata per cercare di ovviare alle difficoltà di istituzione dell'OdV nelle realtà imprenditoriali più elementari.

 DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO
www.penalecontemporaneo.it