



DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

CODICE ISSN 2240-7618

4/2013

Rivista trimestrale



MASSIMO DONINI | Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei.

CARLO BRUSCO | Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dal c.d. decreto Balduzzi.

DOMENICO PULITANÒ | Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del *novum* legislativo.



DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

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

EDITORE
Luca Santa Maria

DIRETTORE RESPONSABILE
Francesco Viganò

VICE DIRETTORI
Gian Luigi Gatta, Guglielmo Leo,
Luca Luparia

COMITATO SCIENTIFICO
Emilio Dolcini, Novella Galantini,
Roberto Bartoli, Fabio Basile, Silvia
Buzzelli, Elena Maria Catalano,
Massimo Ceresa Gastaldo, Fabrizio
D'Arcangelo, Angela Della Bella, Gian
Paolo Demuro, Antonio Gullo, Stefano
Manacorda, Vittorio Manes, Luca
Matera, Anna Maria Maugeri, Oliviero
Mazza, Alessandro Melchionda,
Chantal Meloni, Claudia Pecorella,
Marco Pelissero, Gioacchino Romeo,
Markus Rübenstahl, Francesca
Ruggieri, Domenico Pulitano, Marco
Scoletta, Rosaria Sicurella, Carlo Sotis,
Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Alfio
Valsecchi, Costantino Visconti, Matteo
Vizzardi

SEGRETERIA DI REDAZIONE
Anna Liscidini, Alberto Aimi, Susanna
Arcieri, Ignacio Castillo Val, Irene
Gittardi, Marco Montanari, Tommaso
Trinchera, Alessandra Verri, Stefano
Zirulia



PEER REVIEW

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

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

ELENCO DEI REVISORI

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



ANNO 2013, CODICE ISSN 2240-7618

Registrazione presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011.

Sede legale: Via Serbelloni, 1, 20122 Milano

Impaginazione automatica: www.t-page.it



Telefono: 02 8928 3000 | Fax: 02 8928 3026 | redazione@penalecontemporaneo.it

Sommario

EDITORIALE	In questo numero DI FRANCESCO VIGANÒ	01
DIRITTO PENALE E PRINCIPI COSTITUZIONALI	Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei DI MASSIMO DONINI	04
	I vincoli costituzionali nella interpretazione delle norme penali DI GIOVANNI FLORA	44
NUOVI CONTORNI DELLA RESPONSABILITÀ MEDICA?	Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dal c.d. decreto Balduzzi DI CARLO BRUSCO	51
	Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del <i>novum</i> legislativo DI DOMENICO PULITANÒ	73
	Legge Balduzzi tra problemi aperti e possibili soluzioni interpretative: alcune considerazioni DI PIER FRANCESCO POLI	86
	Il ruolo del sapere scientifico e l'individuazione della colpa lieve nel cono d'ombra della prescrizione DI ALESSANDRO ROIATI	99
IL PROCESSO PENALE SOTTO OSSERVAZIONE	L'inutilizzabilità "derivata": un mito a mezza via fra nullità ed esigenze sostanziali DI ANDREA CABIALE	112

	Logica della prova, <i>statistical evidence</i> e applicazione della teoria delle probabilità nel processo penale DI ELENA MARIA CATALANO	132
	US Supreme Court, Jeremy Bentham e il <i>panopticon</i> genetico DI GIUSEPPE GENNARI	152
	La “vicenda Drassich” si ripropone come crocevia di questioni irrisolte DI SERENA QUATTROCOLO	161
L'OBBIETTIVO SU...	La trata de personas y la normativa internacional. Algunas consideraciones de su regulación en Chile DI RAÚL A. CARNEVALI	170
	La pena accessoria della decadenza dai <i>parental rights</i> e la Corte EDU. Riflessioni a partire dal caso <i>M.D. and Others v. Malta</i> DI LARA FERLA	186
	Sull'applicabilità dell'articolo 640 co. 2 n. 1) c. p. alle società miste DI ELIANA GRECO	205
	Il commiato dalla legalità: dall'anarchia legislativa al 'piroettismo' giurisprudenziale DI ELIO LO MONTE	219
	Il delitto di illecito reingresso dello straniero nel territorio dello Stato e la direttiva rimpatri DI LUCA MASERA	241
	Giudicato penale e resistenza alla <i>lex mitior</i> sopravvenuta: note sparse a margine di Corte Cost. n. 210 del 2013 DI GIOACCHINO ROMEO	261
	Sicurezza alimentare e diritto penale: vecchi e nuovi paradigmi tra prevenzione e precauzione DI LUCA TUMMINELLO	272

**GIURISPRUDENZA IN PRIMO
PIANO**

- | | |
|--|-----|
| Il reato di “pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili” alla prova della giurisprudenza: un commento alla prima (e finora unica) applicazione giurisprudenziale dell’art. 583 <i>bis</i> c.p.
DI FABIO BASILE | 311 |
| La Cassazione torna sulla rilevanza penale dell’elusione fiscale
DI TATIANA GIACOMETTI | 325 |
| Incostituzionali le restrizioni ai colloqui difensivi dei detenuti in regime di “carcere duro”: nuovi tracciati della Corte in tema di bilanciamento dei diritti fondamentali
DI VITTORIO MANES E VALERIO NAPOLEONI | 336 |
| La confisca misura di prevenzione ha natura “oggettivamente sanzionatoria” e si applica il principio di irretroattività: una sentenza “storica”?
DI ANNA MARIA MAUGERI | 352 |
| La Cassazione alla prova dello <i>spamming</i> , tra presunzioni e torsioni
DI ANDREA FRANCESCO TRIPODI | 386 |

In questo numero

1 Al centro dell'attenzione della nostra *Rivista*, tanto nella sua versione 'quotidiana' quanto di quella 'trimestrale', sono stati soprattutto i *diritti*: i diritti fondamentali di tutti i protagonisti del diritto e del processo penale. Delle vittime come dei 'carnefici'. I quali ultimi, a fronte della pretesa punitiva dello Stato che si attua nel processo e poi nell'esecuzione della pena, rischiano a loro volta di divenire essi stessi *vittime* di violazioni di diritti sulla carta incompressibili, per effetto dello scandalo di un sovraffollamento carcerario che continua a perpetuarsi nell'indifferenza dell'opinione pubblica e della classe politica, nonostante le condanne della Corte europea, e i pressanti – e inutilmente reiterati – appelli del Capo dello Stato.

Proprio muovendo dalla prospettiva dei diritti, il nostro sguardo si è poi talvolta allargato – e certo continuerà anche in futuro ad allargarsi – sino a lambire territori tradizionalmente estranei all'interesse del penalista: come quei settori del *diritto dell'immigrazione* formalmente di natura *amministrativa*, nell'ambito però dei quali vengono quotidianamente compressi, e a volte calpestati, i diritti più "inviolabili" della persona, a cominciare dalla sua libertà personale – l'archetipo dei diritti fondamentali, quanto meno dai tempi *Bill of Rights* inglese. Ciò che accade a Lampedusa, e in tutti i centri nei quali vengono "trattenuti" stranieri sprovvisti di permesso di soggiorno, non può lasciare indifferenti le nostre coscienze di penalisti, anche se questi trattenimenti nulla hanno a che fare, formalmente, con il diritto criminale: perché la tutela della libertà personale è affare di *tutti* i cultori del diritto, e dunque anche dei penalisti, i quali tra l'altro sono fra tutti i più avvezzi a discutere della tutela della libertà personale contro arbitrarie interferenze da parte dello Stato.

In questo numero la nostra attenzione si rivolge però verso temi più 'classici' della riflessione teorica del penalista: a minore impatto emotivo, se vogliamo, ma non per questo meno essenziali per la nostra coscienza di studiosi chiamati ad *osservare* e, se del caso, a *criticare* il diritto vigente e vivente.

E' il caso della grande riflessione che Massimo Donini ha voluto riservare per la nostra *Rivista* sul *principio di offensività*, e sulla sua effettiva capacità di rendimento quale criterio di valutazione della legittimità delle scelte di incriminazione compiute dal legislatore. L'ariosa argomentazione dell'autore, intessuta di istruttivi richiami alla dottrina di lingua italiana, tedesca, spagnola, portoghese, inglese, mira a conferire nuovo slancio a questo principio nella realtà ordinamentale italiana, ove agli entusiasmi della dottrina non sempre è corrisposta un'adeguata risposta da parte della giurisprudenza costituzionale, notoriamente restia a utilizzare il canone dell'offensività per invalidare le scelte del legislatore (a parte pochi casi estremi in cui – peraltro – il principio è stato evocato per lo più a supporto di altri più consolidati parametri, primo fra tutti quello di eguaglianza/ragionevolezza *ex art. 3 Cost.*).

L'opinione di Donini è, invece, che il principio in questione – del quale egli cerca di ricostruire puntualmente le complesse, e a volte sfuggenti, coordinate – abbia tuttora un promettente futuro, e possa anzi aspirare a costituire un punto di riferimento importante anche per gli ordinamenti di altri paesi dalle vicine tradizioni culturali, quale principale e più originale frutto del *mos italicus* di 'fare' dottrina penale.

Parimenti, ritiene Donini, è la centralità del concetto di *bene giuridico* – il necessario presupposto logico del principio di offensività – a dover essere difesa e riaffermata in una situazione spirituale come quella odierna, in cui molte voci autorevoli – in Italia

così come all'estero – manifestano scetticismo verso la funzione *critica* di questo concetto di fronte alle scelte del legislatore: da ultimo, sulla scia della sentenza della Corte costituzionale tedesca in materia di incesto, ove la maggioranza dei giudici (con il dissenso di Hassemer) ha sprezzantemente rifiutato di 'lavorare' con il concetto di bene giuridico quale banco di prova della legittimità dell'incriminazione in esame.

Un tema, questo, su cui molto spazio si apre ancora per la nostra riflessione, che certo riceverà nuova linfa dal denso contributo di Donini e dall'impressionante mole di contributi dottrinali recenti da lui citati e discussi, spesso ancora 'vergini' dal punto di vista del penalista italiano, e con i quali bisognerà prima o poi confrontarsi. Anche con quelli – dei quali personalmente confesso di subire il fascino – che vorrebbero una volta per tutte svincolare il discorso critico sulla legislazione penale vigente dal riferimento al bene giuridico, ritenendo piuttosto che i *limiti* alla discrezionalità legislativa nella conformazione dei precetti e delle relative sanzioni siano segnati dalle esigenze di rispetto dei *diritti fondamentali della persona* enunciati dalle Costituzioni e dalle Carte dei diritti – da quegli stessi diritti, insomma, dai quali queste mie brevi note introduttive hanno preso le mosse.

Dopo tutto – e mi perdonerà Donini per questa riflessione 'a caldo' sollecitata dal suo importante contributo – il bene giuridico è *un'invenzione della scienza penalistica*: è un gioiello di famiglia, se vogliamo, ma assai poco capito e apprezzato dai cultori di altre discipline, che pure siedono in schiacciante maggioranza nelle Corti costituzionali e dei diritti, ed hanno invece antica familiarità con il linguaggio, e la logica, dei diritti umani.

Di più: il nostro gioiello di famiglia non è affatto tale per l'altra metà del mondo, quella cioè che *non è stata influenzata dalla dogmatica tedesca del XIX e XX secolo*, come dimostra l'intraducibilità del concetto di bene giuridico nella lingua di Shakespeare (*"good-in-law"*, secondo la francamente improbabile espressione utilizzata in certi recenti lavori tedeschi tradotti in inglese, che sembra involontariamente evocare più l'immagine petulante di suocere e nuore, che non uno strumento critico nei confronti della legislazione vigente); mentre gli anglosassoni ben conoscono e apprezzano le potenzialità dei *diritti umani* come canone di controllo della discrezionalità legislativa in materia penale, e anzi avrebbero molto da insegnarci su questo terreno. Basti pensare alla recentissima sentenza – *Attorney General v. Bedford* (2013 SCC 72) del 20 dicembre 2013 – con la quale la Corte Suprema canadese ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di tre norme incriminatrici in materia di favoreggiamento e sfruttamento della prostituzione, in ragione del loro contrasto con il *diritto alla vita* della donna: e la logica della decisione non è affatto stravagante, come potrebbe suonare a prima vista. Leggere per credere.

Sui rischi, invece, di un'utilizzazione *contra reum* del bene giuridico, quale strumento di *espansione in via ermeneutica* dell'area applicativa delle incriminazioni esistenti sotto l'etichetta – nientemeno! – di una *interpretazione conforme a Costituzione*, mette in guardia il contributo di Giovanni Flora, sulla scorta di una serie di esempi tratti dalla giurisprudenza più recente. A ulteriore e definitiva dimostrazione, dunque, della necessità di continuare a riflettere – tutti assieme: *accademia e prassi* – su questi temi di fondo della nostra disciplina.

2

La seconda sezione di questo numero è dedicata a una serie di contributi – tra i quali quelli, particolarmente autorevoli, di Carlo Brusco e di Domenico Pulitanò – in materia di *responsabilità medica*, sollecitati dalla ancora fresca modifica della c.d. legge Balduzzi. Un tema, questo, assai 'caldo' nella prassi applicativa, e al quale ci è parso doveroso dedicare anche la nostra copertina.

Tutti questi lavori, da prospettive diverse, affrontano i nodi esegetici sollevati da questa discussa riforma, soffermandosi anche sui suoi – presunti – vizi di legittimità

costituzionale, sui quali la Corte peraltro non ha ancora avuto modo di esprimersi, dal momento che la recente ordinanza n. 295/2013 si è giustamente limitata a censurare la manifesta inammissibilità, per difetto di motivazione sulla rilevanza, della questione a suo tempo sollevata dal Tribunale di Milano.

In una prospettiva più ampia, peraltro, con la norma in questione il legislatore ha posto per la prima volta all'attenzione della prassi penalistica la questione – ampiamente emersa nella dottrina recente, non senza riscontro nella più sensibile giurisprudenza di legittimità – della possibile *limitazione* della responsabilità penale alla *colpa grave*, secondo il modello caratteristico degli ordinamenti anglosassoni: dove la colpa 'ordinaria' è regno incontrastato della responsabilità civile, e l'intervento della giurisdizione penale è confinato alle ipotesi di *gross negligence*, o colpa "grossolana", e per tale motivo – appunto – 'criminale'. Una questione di fondamentale importanza, mi pare, per il futuro del nostro ordinamento, nel quadro di una complessiva ridefinizione dei ruoli della giurisdizione civile e quella criminale nella tutela dei diritti della persona. Nella materia medica, e altrove.

3

Molto altro, come al solito, troveranno i lettori in questo numero della *Rivista*: da riflessioni su snodi importanti del processo penale (la c.d. *statistical evidence*, oggetto di uno stimolante contributo di Elena Catalano; le indagini genetiche e scientifiche, affrontate da un bel saggio di Giuseppe Gennari; la sempre aperta questione del contraddittorio sulla qualificazione giuridica del fatto sulla scorta della sentenza *Drassich* della Corte EDU) a contributi su temi centrali del diritto penale sostanziale, che sarebbe qui impossibile menzionare tutti, e che risaltano del resto immediatamente da una rapida scorsa all'indice.

Mi piace qui soltanto evidenziare, senza far torto a coloro che sono costretto a trascurare per non appesantire ulteriormente il lettore:

- il denso saggio, in lingua spagnola, dell'amico Raúl Carnevali dell'Università di Talca in Cile, a conferma della nostra vocazione al dialogo con il mondo ispanoparlante;
- un nuovo lavoro di Luca Masera sul diritto penale dell'immigrazione, che sfocia – in perfetto 'stile *Diritto penale contemporaneo*' – nella prospettazione, in termini direttamente fruibili per la prassi applicativa, di una *questione pregiudiziale di interpretazione* per la Corte di giustizia UE, relativa all'incriminazione di *illecito reingresso* di cui all'art. 13 co. 13 t.u., e cioè all'unica norma incriminatrice che preveda ormai sanzioni detentive per il migrante 'irregolare' di fatto superstite dopo la pratica *abolitio* dell'art. 14 co. 5-ter t.u. ad opera della Corte di giustizia e la sentenza *Alacev* delle Sezioni Unite sull'art. 6 co. 3;
- un contributo di Tatiana Giacometti su un tema ancora fortemente controverso in dottrina e giurisprudenza, come quello della rilevanza penale dell'elusione fiscale, 'a valle' del caso *Dolce & Gabbana*;
- e, ancora, una (come sempre) ricchissima nota di Anna Maria Maugeri su di una importante sentenza della Cassazione in materia di misure di prevenzione patrimoniali, in relazione alla possibile (e rivoluzionaria, se confermata in questi termini) applicazione, anche nella materia *de qua*, del principio di *irretroattività della legge penale*. Un'ulteriore tappa nel cammino dell'affermazione della tutela dei diritti umani anche in materie apparentemente di nicchia, come quella delle misure di prevenzione: dove pure tali diritti vengono regolarmente compressi, e in modo tutt'altro che trascurabile.

Come sempre, allora, buona lettura – e arrivederci al prossimo numero.

Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*

SOMMARIO

1. PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ E IDEA DEL BENE GIURIDICO. DIFFERENZE. – 2. ANCORA SU TUTELA DI BENI VS. TUTELA DI REGOLE. IL CONTENUTO ESSENZIALE, MINIMO, DEL PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ E LE SUE FONTI NORMATIVE. – 3. (SEGUE). TECNICHE DI TUTELA PENALE E PARAMETRI OGGETTIVI CHE IDENTIFICANO L'OFFESA. – 4. LA PARTE OGGI DIMOSTRATIVA DEL PRINCIPIO RIGUARDANTE LE SUE PREMESSE QUALE ESPRESSIONE DEL DIRITTO PENALE DEL FATTO E IL SUO NUCLEO PIÙ SPECIFICO. – 5. OFFENSIVITÀ E PROPORZIONE. NATURA GIUSPOSITIVISTICA DELL'OFFENSIVITÀ A BASE COSTITUZIONALE ED ESPORTABILITÀ DEL MODELLO. – 6. DALLA GERMANIA ALL'ITALIA, DALLE CATEGORIE AI PRINCIPI. CARATTERISTICHE DELL'APPROCCIO COSTITUZIONALISTICO ITALIANO ALL'OFFENSIVITÀ. – 7. ESPERIENZE (PIÙ O MENO) RECENTI. BICAMERALE (1997), PROGETTI DI RIFORMA DEL CODICE PENALE (PAGLIARO, GROSSO, NORDIO, PISAPIA), CODICE PENALE SPAGNOLO (1995), ATTUAZIONE (CON D. L.GS. N. 121/2011) DELLA DIRETTIVA EUROPEA SUI REATI AMBIENTALI, LEGGE-QUADRO 24 DICEMBRE 2012, N. 234. – 8. CONCRETIZZAZIONI POST-COSTITUZIONALI SUL NESSO ILLECITO/SANZIONE. PENE (SOSTANZIALMENTE) NON CRIMINALI, E SANZIONI (SOLO) SOSTANZIALMENTE CRIMINALI. – 9. UN CONTRIBUTO DALL'EUROPA ALL'OFFENSIVITÀ: A) ONERE DI MOTIVAZIONE SU PROPORZIONE E SUSSIDIARIETÀ; B) CATALOGO DEI REATI DELL'ART. 83 TFUE. IL CARATTERE NAZIONALE, PIÙ CHE EUROPEO, DEI MODELLI D'ILLECITO PENALE MINORE. – 10. DALLE CONTRAVVENZIONI AI MODELLI "SOSTANZIALI" D'ILLECITO PENALE MINORE NELLA LEGISLAZIONE PENALE COMPLEMENTARE. IL RUOLO DELLA RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI. – 11. LA SCARSITÀ DELLE PRONUNCE "DI ACCOGLIMENTO" DELLA CORTE COSTITUZIONALE, E L'USO DEL BENE GIURIDICO IN CHIAVE "ESTENSIVA", NON SONO UN ARGOMENTO CONTRO L'OFFENSIVITÀ. – 12. RISERVA DI LEGGE, POTENZIALITÀ ERMENEUTICHE E LIMITI ALL'INTERPRETAZIONE CONFORME (ALL'OFFENSIVITÀ). – 13. IL PARADIGMA EPISTEMOLOGICO-CAUSALE DELL'OFFENSIVITÀ, TRA DEMOCRAZIA E SCIENZA PENALE. – 14. CONCLUSIONE.

1 - 1.1

PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ E IDEA DEL BENE GIURIDICO. DIFFERENZE

Il principio di offensività è l'elemento più originale e caratterizzante dell'orientamento costituzionalistico italiano al diritto penale¹.

*. Il presente lavoro rielabora la relazione svolta al Convegno organizzato dall'Ass. Silvia Sandano, svoltosi a Roma il 25 maggio 2012, in onore di Mireille Delmas-Marty, sul tema: "I principi fondamentali del diritto penale fra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali".

1. Per tappe successive (omettendo ora, per lo più, trattati e manuali, talvolta di grande rilievo, così come le innumerevoli note a sentenza in materia), tra parte speciale e generale (reato impossibile), in tema d'idoneità lesiva dell'azione, sino alla costruzione della lesività/offesa/offensività come categoria o principio generale dell'ordinamento prima a livello di legge ordinaria: C. PEDRAZZI, *Problemi del delitto di aggraviamento*, Giuffrè, Milano, 1958, 40-49; C. FIORE, *Il reato impossibile*, Jovene, Napoli, 1959, 41 ss.; M. GALLO, voce *Dolo (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XIII, 1964, spec. 787 ss.; E. GALLO, *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, Giuffrè, Milano, 1966, 147 ss.; G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Giuffrè, Milano, 1966, 106 ss., spec. 199 ss.; ID., voce *Reato impossibile*, in *NN.D.I.*, XIV, 1967, 974 ss.; M. ROMANO, *Profili penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di società per azioni*, Milano, 1967, 138 ss.; F. BRICOLA, voce *Interesse privato in atti d'ufficio*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 47 ss., 74 ss.; E. GALLO, *Il falso processuale*, Cedam, Padova, 1973, 26 ss., 30 ss., 49 ss., 57 ss.; F. STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 3 ss., sino alla "costituzionalizzazione" del principio in M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, spec. 8 ss.; F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XIV, 1973, 14 ss., 82 ss.; E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Giuffrè, Milano, 1974, 55 ss. (cap. II); F. MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano, 1977, 445 ss.; G. VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Studi Pioletti*, Giuffrè, Milano, 1982, 629 ss.; V. ZAGREBELSKY, *Contenuti e linee evolutive*

Esistendo migliaia di contravvenzioni, che sono spesso nella sostanza illeciti amministrativi qualificati come criminali, ed essendo la legislazione contemporanea costruita sempre più sul modello dei reati di pericolo, spesso astratto-presunto, che sono i più numerosi nel sistema vigente, questo principio è tanto urgente quanto da sempre in attesa di realizzazione.

Non esistono principi europei o sovranazionali che gli corrispondano pienamente, essendosi tutti ormai “conciliati” con i reati di pericolo astratto-presunto a tutela di beni collettivi, universali, ideali *etc.*: d’altro canto, lo stesso principio di offensività, nella sua lettura più “debole” che è quella prevalente e spesso presente nella giurisprudenza della Corte costituzionale (*infra*, § 4), conosce a tale riguardo una certa assimilazione alle altre tradizioni europee.

Il problema della “dannosità sociale” del reato è declinato nelle principali lingue

della giurisprudenza in tema di rapporti fra tassatività del fatto tipico e lesività, in VASSALLI, a cura di, *Problemi generali di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1982, 417 ss.; G. ZUCCALÀ, *Sul preteso principio di necessaria offensività del reato*, in *Studi Delitala*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1984, 1700 ss.; D. PULITANÒ, *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, in AA.Vv., *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A.M. Stile, Jovene, Napoli, 1985, 134 ss.; A. FIORELLA, voce *Reato in generale*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, 1987, 793 ss.; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989, 467 ss.; G. INSOLERA, *Reati artificiali e principio di offensività: a proposito di un’ordinanza della Corte Costituzionale sull’art. 1, VI comma, l. n. 516 del 1982*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 726 ss.; P. PATRONO, *Diritto penale economico e interessi umani fondamentali*, Cedam, Padova, 1993, 51 ss., 97 ss. (cap. III); G. FIANDACA, *Considerazioni sul principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, in AA.Vv., *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di A.M. STILE, Jovene, Napoli, 1991, 61 ss.; C. FIORE, *Il principio di offensività*, in *Indi. Pen.*, 1994, 278 ss.; E. DOLCINI, G. MARINUCCI, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 333 ss.; S. MOCCIA, *Dalla tutela dei beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 343 ss.; G. NEPI MODONA, voce *Reato impossibile*, in *Dig. Disc. pen.*, XI, 1996, 259 ss.; F. MANTOVANI, *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*, in AA.Vv., *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1996, 91 ss., 99; M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Cedam, Padova, 1996, 18 ss., 25 ss., 45 s., 117 ss., 140 ss.; N. MAZZACUVA, *Diritto penale e Costituzione*, in AA.Vv., *Introduzione al sistema penale*, a cura di G. Insolera, N. Mazzacuva, M. Pavarini, M. Zanotti, Utet, Torino, 1997, 75 ss., 83 ss. (e succ. edizioni); F. PALAZZO, *Meriti e limiti dell’offensività come principio di ricodificazione*, *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1996, 74. Id., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 350 ss.; C. FIORE, *Osservazioni in tema di clausole di irrilevanza penale e trattamento della criminalità bagatellare. A proposito di una recente proposta legislativa*, in *Critica dir.*, 1998, 274 ss.; A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell’offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in *Costituzione, diritto e processo penale*, a cura di G. Giostra, G. Insolera, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 133 ss.; M. DONINI, *L’art. 129 del progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997. Per una progressione “legale”, prima che “giurisprudenziale”, dei principi di offensività e di sussidiarietà* (già in *Crit. dir.*, 1998, 95 ss.) in DONINI, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, spec. 90-100; Id., voce *Teoria del reato*, in *Dig. Disc. Pen.*, XIV, 1999, 267-275; C. GROSSO, F. PALAZZO, F. SICILIANO (est. Palazzo), *Documento n. 2 su Inoffensività e irrilevanza del fatto*, negli «Allegati alla I Relazione della Commissione Grosso», in C.F. GROSSO, a cura di, *Per un nuovo codice penale*, II, Cedam, Padova, 2000, 103 ss.; M. DONINI, *Prospettive europee del principio di offensività*, in AA.Vv., *Verso un codice penale modello per l’Europa. Offensività e colpevolezza*, a cura di A. CADOPPI, Cedam, Padova, 2002, 111 ss.; V. MANES, *Der Beitrag der italienischen Strafrechtswissenschaft zur Rechtsgutslehre*, in *ZStW*, 114, 2002, 720 ss.; G. FIANDACA, *L’offensività è un principio codificabile?*, in *Foro it.*, 2001, V, 7-9; A. MANNA, *I reati di pericolo astratto e presunto e i modelli di diritto penale*, in AA.Vv., *Diritto penale minimo*, a cura di U. CURI, G. PALOMBARINI, Donzelli, Roma, 2002, 35 ss.; G. FIANDACA, *Nessun reato senza offesa*, in G. FIANDACA – G. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale per una lettura costituzionalmente orientata*, Jovene, Napoli, 2003, p. 203 ss.; A. VALENTI, *La “musa negletta”: quando la Costituzione non ispira più il legislatore nelle scelte di incriminazione*, in *Indice pen.*, 2003, 953 ss.; G. NEPI MODONA, *Il lungo cammino del principio di offensività*, in *Studi in onore di M. Gallo. Scritti degli allievi*, Giappichelli, Torino, 2004, 89 ss.; M. CATENACCI, *Reato impossibile e offensività. Un’indagine critica*, Esi, Napoli, 2004; V. MANES, *Il principio di offensività. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, Torino, 2005, 129 ss., 209 ss.; S. RIONDATO, *Un diritto penale detto “ragionevole”. Raccontando Giuseppe Bettiol*, Cedam, Padova, 2005, 96 ss., 117 ss.; M. CATENACCI, *I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale*, in *Studi Marinucci*, v. II, Giuffrè, Milano, 2006, 1415 ss.; S. VINCIGUERRA, *Appunti sulla inoffensività, la tenuità dell’offesa e la tenuità del reato in Italia nel secondo Novecento*, *ivi*, vol. II, 2077 ss.; G. ZUCCALÀ, *Due questioni attuali sul bene giuridico: la pretesa dimensione “critica” del bene giuridico e la pretesa necessaria offesa ad un bene*, *ivi*, vol. I, 791 ss.; C. FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all’evoluzione del principio di offensività*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. VASSALLI, ESI, Napoli, 2006, 91 ss.; A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico. Il problema. Le fonti. Le tecniche di tutela penale*, ESI, Napoli, 2006, 283 ss.; R. RAMPIONI, *Dalla parte degli “ingenui”. Considerazioni in tema di tipicità, offesa e c.d. “giurisprudenza creativa”*, Cedam Padova, 2007, 154 ss.; D. FALCINELLI, *L’attualità dell’offesa*, Giappichelli, Torino, 2009, 59 ss.; M. DONINI, *“Danno” e “offesa” nella tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’“offense” di Joel Feinberg*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1546 ss., 1552 ss.; M. ROMANO, *La legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico*, in *Criminalia*, 2011, 33 ss.; A. VALENTI, *Principi di materialità e offensività*, in AA.Vv., *Introduzione al sistema penale*, vol. I^a, a cura di G. Insolera, N. Mazzacuva, M. Pavarini, M. Zanotti, Utet, Torino, 2012, 359 ss.; V. MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Dir. pen. cont.*, 10 ottobre 2011, e in *questa Rivista*, 2012, I, 99 ss.

europee attraverso le categorie dell'*'harm principle'*², della *Sozialschädlichkeit*³, della *lesividad* (più che della *intervención mínima* che esprime meglio l'*ultima ratio*) e solo in parte attraverso l'idea della "*stretta necessità*" della tutela penale già storicamente prevista dall'art. 8 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 e oggi riecheggiata anche nell'art. 83.2 del TFUE.

Nessuna di queste nozioni, peraltro, coincide esattamente con il principio di offensività⁴, né tanto meno con l'idea della tutela penale di beni di "significativa rilevanza costituzionale", che ha caratterizzato la declinazione più famosa di quel principio negli anni Settanta del secolo scorso⁵.

1.2

L'offensività pre-suppone il bene giuridico, e tuttavia lo declina verso nuovi territori che non è dato scorgere all'interno del suo orizzonte. Chi oggi attacca o sminuisce il bene giuridico, si pone per ciò stesso in collisione con la base fondativa del principio di offensività.

D'altro canto, va pure detto con chiarezza che principio di offensività e bene giuridico non appartengono al medesimo ceppo ideologico, anche se noi li abbiamo spesso declinati insieme⁶. Infatti, il bene è utilizzabile in chiave sia *espansiva* e sia *restrittiva*. È nato a metà Ottocento in funzione descrittiva, piuttosto che critica, del diritto penale vigente⁷, e con contenuti estensivi della punibilità rispetto alle precedenti teorie del reato come lesione di diritti soggettivi (v. il suo utilizzo a "copertura" dei reati in materia di buon costume o di religione, mal legittimabili alla luce delle teorie della tutela penale di soli diritti soggettivi)⁸, e attualmente, nella prassi, continua a essere impiegato nella medesima funzione, che è *opposta* a quella dell'offensività come principio, perché

2. Per una aggiornata illustrazione dell'*'harm principle* cfr. A.P. SIMESTER, ANDREAS V. HIRSCH, *Crimes, Harms and Wrongs. On Principles of Criminalization*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2010, 35 ss. e i contributi raccolti in AA.Vv., *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, a cura di A. Cadoppi, Giuffrè, Milano, 2010; AA.Vv., *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentali e anglo-americane a confronto*, a cura di G. Fiandaca e G. Francolini, Giappichelli, Torino, 2008. Cfr. pure le discussioni sull'*'harm principle* nel volume collettaneo R. HEFENDEHL/A. VON HIRSCH/W. WOHLERS (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie*, Nomos, Baden-Baden, 2003. Ma al di là delle tesi prescrittive e accademiche, v. pure l'impetosa descrizione dell'inflazione penalistica americana in D. HUSAK, *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2008, oltre al classico J.C. COFFEE, *Paradigms Lost: The Blurring of the Criminal and Civil Law Models – And What Can Be Done about It*, 101, *Yale Law Journal*, 1991-1992, 1875 ss., 1991 ss., e qui, oltre al conteggio di circa 300.000 reati esistenti negli USA collegati a mere inosservanze di discipline federali (ivi, 1880 s.), la linea maestra per la distinzione tra illecito penale ed extrapenale (civile, nelle categorie statunitensi): la legge penale *proibisce* (regola assoluta o comunque non flessibile di divieto o comando, non certo un "onere"), quella extrapenale (civile) *impone un prezzo* per la condotta: *pricing vs. prohibiting* (ivi, 1882 ss.). Un paradigma (anche se non assoluto) che l'inflazione penalistica, all'evidenza, ha smarrito.

3. Sul più recente dibattito in area tedesca su bene giuridico e approccio costituzionalistico, v. *infra*, note 14, 15, 18, e § 6.1.

4. V. al riguardo quanto già illustrato in M. DONINI, *Prospettive europee del principio di offensività*, cit., 109 ss.

5. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., 81 ss. (§ 9 g-i). Per una successiva illustrazione della teoria bricoliana (ormai presente anche nei principali manuali penalistici), vista col necessario distacco storico, cfr. M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, cit., 18 ss., 25 ss., 131 ss.; ID., *L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, in *Dir. pen cont.*, 21 giugno 2012, e in *questa Rivista*, 2012, 2, 51 ss.; V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., 44 ss.

6. Accade infatti che li si commenti insieme come se appartenessero allo stesso contesto culturale, ma nel quadro della trattazione emerge bene che del bene giuridico esistono storicamente concezioni o "usi" ben consolidati e del tutto incompatibili con l'offensività in senso garantista. Cfr. ad es., distinguendo correttamente tra il profilo "categoriale" del bene e quello "principalista" dell'offensività, J. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal*, parte gen. *Principios y categorías dogmáticas*, Ibañez, Bogotá, 2011, 238 ss. Per una opportuna classificazione teorico-ideologica delle concezioni del bene giuridico penale, v. G. D. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito*, BdeF, Buenos Aires, 2004, 97 ss.

7. K. AMELUNG, J.M.F. Birnbaums Lehre vom strafrechtlichen "Güter"-Schutz als Übergang vom naturrechtlichen zum positivistischen Rechtsdenken, in D. KLIPPEL (Hrsg.), *Naturrecht im 19. Jahrhundert*, Goldbach, 1997, 349 ss. Cfr. pure, sull'opera di Birnbaum e del successivo vero sistematizzatore del bene giuridico, Karl Binding, lo schizzo efficace di W. WOHLERS, *Die Güterschutztheorie Birnbaums und ihre Bedeutung für die heutige Rechtsgutstheorie*, cit., 600 ss. Più ottimista sull'orientamento critico e liberale di Birnbaum (che però trapela più da dati biografici, o da altre sue idee, anziché dalla sua concezione del bene) L. DALBORA, *Sul significato intrinseco e sul valore attuale del bene giuridico nell'opera di Birnbaum*, in *Diritto penale XXI Secolo*, 2010, 371 ss. V. al riguardo anche la "replica" e le puntualizzazioni storiche di T. VORMBAUM, *Birnbaum und die Folgen*, in J.M.F. BIRNBAUM, *Zwei Aufsätze*, J.L. Guzmán Dalbora e T. Vormbaum Hrsg., Lit, Berlin, 2011, 93 ss. In prospettiva storica, comunque, v. le imprescindibili ricerche di K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der «Sozialschädlichkeit» des Verbrechens*, Frankfurt a.M., 1972, 15 ss., 43 ss., 52 ss., 73 ss.; e di P. SINA, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs «Rechtsgut»*, Helbing und Lichtenhahn, Basel, 1962, 19 ss., 39 ss.

8. Sempre con riferimento a Birnbaum, F. ANTONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Giuffrè, Milano, 1983, 22 s., in nota; T. VORMBAUM, *Birnbaum und die Folgen*, cit., 96 ss., 111 ss. (ove si distingue nettamente tra le intenzioni del Birnbaum storico e la storia della categoria del bene giuridico, estensivamente orientata); W. WOHLERS, *Die Güterschutztheorie Birnbaums*, cit., 600 ss., e lo stesso K. AMELUNG, *J.M.F. Birnbaums Lehre*, cit., 354.

l'offensività è ideologicamente in funzione della sussidiarietà, *dell'ultima ratio* e pertanto della *restrizione garantista* dell'area penalmente rilevante.

La sequenza concettuale è questa: i diritti fondamentali *devono* essere tutelati e, quando necessario, anche penalmente. E *se è necessaria* la tutela penale, allora essa deve avvenire nella *forma* della tutela dei beni. Viceversa, chi commenta il diritto vigente attraverso la categoria del bene giuridico, "ravvisando un bene protetto in ogni norma" di un ordinamento inflazionato, non può certo continuare a conciliare *extrema ratio* e diritto vigente: seguirà una nozione "metodologica" così remissiva e trasformistica del bene, da travestire di esso ogni scelta storica d'incriminazione. Si tratta, in tale utilizzo, di una dimensione *legittimista* del bene giuridico che è opposta a quella limitatrice e garantista dell'offensività⁹.

Il bene giuridico (o l'oggetto giuridico), del resto, è categoria *descrittiva, classificatoria ed ermeneutica*, della dogmatica classica, da Birnbaum a Binding a Liszt, e da Arturo Rocco a Grispigni in poi¹⁰.

Che poi esso abbia conosciuto stagioni liberali, critiche, ma anche metodologiche, funzionali e altresì costituzionali, è altra questione¹¹; che in una sua accezione liberale e non metodologica esso serva comunque a delimitare alcune classi di condotte, è altrettanto vero, però le prestazioni di queste potenzialità selettive sono ancora modeste. Il bene giuridico da solo non basta ed è sbagliato chiedergli troppo¹².

Del resto, esso porta il segno dell'idea della difesa sociale che i beni giuridici *devono* essere tutelati e che il diritto penale serve a ciò. In questo "programma" c'è però *anche* la radice di un'espansione della tutela. L'idea del bene, ad un tempo, segna un limite possibile a questa protezione. È un "*Grenzbegriff*" (v. Liszt), fra dogmatica e politica criminale, suscettibile però di letture espansive. Viceversa, l'offensività, nella tradizione italiana, è innanzitutto *limite* alla tutela, è un prodotto della cultura dell'*ultima ratio*.

Tuttavia si può dire che se adottiamo una concezione liberale o anche costituzionale del bene, questo fatto muta l'essenza soprattutto descrittiva del bene, e ne tratteggia la declinazione mediante aggettivazioni e aspetti nuovi. Esse si collocano, peraltro, *accanto* alla funzione classificatoria-dogmatica del bene, che rimane, con la sua anima più legittimista-descrittiva¹³.

Nondimeno, le funzioni descrittiva, classificatoria ed ermeneutica del bene giuridico sono in verità essenziali per lo studio dei reati, per la costruzione di un codice, per l'applicazione delle norme. Appartengono totalmente a quei compiti, e chi continua a voler

9. In termini, esattamente, E.R. ZAFFARONI, A. ALAGIA, A. SLOKAR, *Derecho penal*, parte gen.², Ediar, Buenos Aires, 2005, § 11/6 (p. 128), § 32/1 ss. (p. 486 ss.).

10. Per tutti, K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, cit., *passim*; F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., 3 ss. e *passim*.

11. V. l'illustrazione delle varie concezioni, ma anche delle varie manifestazioni, del bene giuridico, per es., in H.-J. RUDOLPHI, *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs*, in *Fest. Honig*, Schwartz, Göttingen, 1970, 151 ss. (testo fondamentale); F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., 11 ss.; M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, cit., 117 ss., 140 ss.; in prospettiva storica v. pure G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, I³, Giuffrè, Milano, 2003, 434 ss.

12. *Amplius* M. DONINI, "*Danno*" e "*offesa*" nella tutela penale dei sentimenti, cit., 1546 ss. Le conclusioni anche recenti di una corrente della letteratura tedesca (e non solo) circa l'incapacità dimostrata fino a oggi, da parte delle "concezioni" del bene giuridico, di fornire una delimitazione di tipo sostanziale alle scelte di criminalizzazione, risentono pertanto di un'impostazione idealistico-concettualistica del tutto fuori luogo rispetto a un tema così pieno di politica criminale, come l'esperienza cinquantennale del dibattito in Italia ha ben chiarito: non basta una "concezione" del bene a delimitare le politiche criminali del legislatore. Possono, semmai, servire allo scopo, diversi principi-regole di rango costituzionale o sovranazionale, che a loro volta danno un volto alla stessa dimensione prescrittiva dell'offensività. E' anche il metodo dei principi, anziché quello concettualistico delle "categorie", delle "nozioni" o delle "concezioni", che differenzia l'offensività come principio costituzionale dal bene giuridico quale categoria dogmatica tradizionale.

13. V. sempre E.R. ZAFFARONI, A. ALAGIA, A. SLOKAR, *Derecho penal*, loc. cit. a nota 9.

mettere in crisi il bene giuridico¹⁴, fa spesso un'operazione emotiva e superficiale¹⁵. È dal bene che occorre comunque partire per comprendere il principio di offensività.

1.3

L'offensività senza il bene giuridico è inconcepibile già lessicalmente. Infatti, si può trattare dell'offensività senza fare dogmatica in termini di categorie del reato, ma solo di principi¹⁶, ma per una elaborazione scientificamente completa solo l'analisi degli elementi strutturali del reato consente di rispondere alle obiezioni che continuamente vengono sollevate – in chiave descrittiva o prescrittiva, poco importa – contro il bene giuridico e, nello stesso tempo, contro l'offensività che lo presuppone, o al limite contro la loro capacità selettiva. La dogmatica di principi presuppone una dogmatica di categorie, ma non la sostituisce, e anzi la implementa, rivitalizzandola¹⁷. Senza il bene giuridico, infatti, il discorso sull'offesa non ha una base strutturale. Quando si afferma, per es., che il vero compito delle incriminazioni non è la tutela dei beni, ma promuovere l'osservanza e dunque la vigenza delle norme¹⁸, si segue un approccio formalistico-de-

14. Efficace illustrazione delle posizioni che in Germania, oggi, contestano la capacità del bene giuridico di limitare l'intervento penale, in S. SWOBODA, *Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen*, in ZStW, 122, 2010, 24 ss., 35 ss. In area spagnola v. soprattutto, in senso adesivo alle critiche circa l'incapacità del "bene giuridico", o delle sue concezioni, di costituire un fondamento adeguato alla delimitazione della tutela penale, il contributo di B. FEIJOO SÁNCHEZ, *Funcionalismo y teoría del bien jurídico*, in S. MIR PUIG, J.J. QUERALT JIMÉNEZ (dir.), *Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2010, 163 ss., 201 ss., 225 ss. In qualche misura v. pure, da noi, G. DE FRANCESCO, *Programmi di tutela e ruolo dell'intervento penale*, Giappichelli, Torino, 2004, 53 ss., 71, che al modello "causale" del bene giuridico leso o posto in pericolo pare sostituire quello di (non meglio definibili) "programmi di tutela" costituzionali. In una direzione diversa, soprattutto critica e non propositiva, che registra la funzione storicamente espansiva del bene giuridico, v. altresì C.E. PALIERO, *La "doble función" del bien jurídico en el ordenamiento constitucional italiano*, in S. MIR PUIG, J.J. QUERALT JIMÉNEZ (dir.), *Constitución y principios del derecho penal*, cit., spec. 151 ss., e da ultimo ID., *L'agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, in *Criminalia*, 2012, 95 ss., spec. 102 ss.

15. V. da ultimo W. HASSEMER, *Warum Strafe sein muss, Ein Plädoyer*, Berlin, Ullstein, 2009, tr. it. *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, Il Mulino, Bologna, 2012, 144: "Oggi l'idea di bene giuridico non è più una misura fissa per nessuno: per alcuni è una stella polare (e io sono tra questi), per altri invece è una fata morgana". V. anche, per una difesa decisa della categoria del bene giuridico, M. DONINI, *"Danno" e "offesa" nella tutela penale dei sentimenti*, cit., 1552 ss., e in area tedesca C. ROXIN, *Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte*, in *Fest. Hassemer*, C.F. Müller, Heidelberg, 2010, 573 ss., nonché, dopo l'importante volume collettaneo R. HEFENDEHL/A. VON HIRSCH/W. WOHLERS (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie*, Nomos, Baden-Baden, 2003, cit., *passim*, e qui, tra gli altri, almeno il contributo di B. SCHÜNNEMANN, *Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation*, ivi, 133 ss., quello di O. LAGODNY, *Das materielle Strafrecht als Prüfstein der Verfassungsdogmatik*, ivi, 83 ss., e di K. AMELUNG, *Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz*, ivi, 155 ss., cfr. le successive riflessioni di R. HEFENDEHL, *Mit langem Atem: der Begriff des Rechtsguts. Oder: was seit dem Erscheinen des Sammelbandes über die Rechtsgutstheorie geschah*, in *Goldtdammer's Archiv f. Strafrecht*, 2007, 1 ss., dove si sostiene la piena tenuta dogmatica e politico-criminale della categoria, attualmente. Sempre sul tema della "resistibile" crisi del bene giuridico, cfr. ampiamente M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, cit., 140 ss.; V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., 74 ss., 129 ss.

16. Per una trattazione dell'offensività come principio, sostanzialmente a prescindere da una dogmatica di categorie, v. il libro di V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., dove nei primi due capitoli (11 ss., 41 ss.) si parla ancora delle teoriche del bene giuridico, che però vengono lette da subito in chiave di politica del diritto e quindi o di principi, o di funzioni politico-criminali.

17. E' questo un tratto essenziale dell'approccio costituzionalistico in genere. V. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2004, cap. III; ID., *L'eredità di Bricola*, cit., § 4 e 5.

18. G. JAKOBS, *¿Qué protege el derecho penal? Bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, in *El Funcionalismo en derecho penal. Libro Homenaje al Profesor G. Jakobs*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, 39 ss. (anche in lingua tedesca nel volume giapponese *Fest. S. Saito*, Shinzansha Verlag, 2003, 18 ss. (780 ss.), col titolo "Was schützt das Strafrecht: Rechtsgüter oder Normgeltung?"); ID., *Strafrecht*, AT², de Gruyter, Berlin, New York, 1983, § 2/7 ss. V. pure, analogamente, H.H. LESCH, *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Heymanns, Köln, Berlin, Bonn, München, 1999, 175 ss. Per un tentativo di "costituzionalizzare" approcci funzionalisti, con esiti di problematica tenuta garantista, v. in area tedesca I. APPEL, *Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998, 330 ss. e in area spagnola B. FEIJOO SÁNCHEZ, *Funcionalismo y teoría del bien jurídico*, cit., spec. 226 ss. (risolvendo la capacità critica del bene giuridico nel controllo di costituzionalità); ID., *Prolegómenos para una teoría comunicativa del delito*, in *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro Homenaje al prof. G. Jakobs en su 70 aniversario*, (ed. E. Montealegre Lynett, J. A. Caro John), Externado, Bogotá, 2008, 33 ss., e qui (42) la conclusione che il diritto penale protegge norme che proteggono beni giuridici. Nel manuale di S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Il Mulino, Bologna, 2007, dopo un'attenta e aggiornata esposizione del principio di offensività (pp. 201 ss.), si accosta, quasi in prospettiva di integrazione, al paradigma del bene giuridico la prospettiva jakobsiana della tutela di norme (pp. 220 ss.), come se si trattasse di discorsi assimilabili. V. pure L. CORNACCHIA, *Tutela di beni vs. tutela di norme*, in *Scritti Marini*, ESI, Napoli, 2010, 27 ss., che intende (interpretando Jakobs) la prospettiva della tutela di norme in senso meramente "descrittivo", come tale conciliabile con quella della tutela dei beni giuridici. In modo analogo, M. POLAINO NAVARRETE, *Derecho penal*, parte gen., Tomo I^o, Bosch, Barcelona, 2001, 191 ss., 199 ss. e 214, dove espressamente si vorrebbe coniugare tutela di beni e tutela della vigenza della norma. ID., *Protección de bienes jurídicos y conformación de la vigencia de la norma: ¿Dos funciones excluyentes?*, in *Derecho penal y sociedad. Estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin etc.*, tomo I, (coord. E. Montealegre Lynett), Externado, Bogotá, 2007, 107 ss., 119 ss., 125. La proposta, però, avvicina prospettive difficilmente conciliabili (come lo stesso Jakobs non potrebbe che riconoscere): essendo l'una (quella dell'offensività, più che quella del bene in sé) prescrittiva, limitativa e garantista e l'altra (quella della tutela delle norme) pseudo-descrittiva e legitimista, capace di depotenziare totalmente il paradigma dell'offensività, che viene infatti rifiutato – almeno dai costruttori (più che dai difensori) della teorica qui criticata – quale paradigma generale, ma anche prevalente, di lettura delle incriminazioni, salvo svuotarlo e ridurlo (appunto!) alla tutela di norme. V. sul punto il § seg. Per una risposta significativa a Jakobs, v. in area

scrittivo – ma in realtà con la pretesa di definire il diritto penale “in sé” – che depotenzia l’offensività sino a restaurare scenari che sono compatibili con un sistema dove il reato si confonde con la violazione di doveri, anziché con l’offesa di interessi, facendone in potenza un illecito disciplinare. E in ogni caso, se non si tratta (in quella formulazione) di mera violazione di doveri, manca il paradigma eziologico che consente di verificare la causazione di un danno e la validità del progetto legislativo; per vagliare se tale progetto incrimina un fatto che possa validamente causare quel danno-offesa, prospettandosi altrimenti una costruzione priva di basi di verifica scientifica o democratica, che è facile aggirare in chiave autoritaria o di una malintesa aristocrazia della scienza: se si tutela una “norma” a prescindere dalle conseguenze, è evidente che cessa ogni controllo critico sull’incriminazione in forza di parametri democraticamente verificabili come quelli dell’epistemologia della causazione (*amplius*, § 2 e 13), un controllo reso invece possibile e necessario – a livello sia legislativo e sia applicativo – dal paradigma dell’offesa (lesione o messa in pericolo) di un bene che non sia meramente “spirituale”.

Poco importa che si affermi di compiere un’operazione puramente descrittiva, adattabile al codice penale dell’Iran come degli Stati Uniti o della Svizzera. Di questo formalismo, come delle definizioni generali della vecchia teoria del reato, non ce ne facciamo più nulla: allora ci basterebbe il vecchio bene giuridico metodologico o l’oggetto giuridico di Arturo Rocco, molto più raffinato e operativo, e davvero scopertamente legittimista¹⁹.

Però, se una norma sia costruita sul paradigma della lesione di beni o della violazione di doveri, dipende solo in parte dal principio di offensività, che può imporre una certa lettura o rilettura delle incriminazioni. Lo stato giuridico degli illeciti, infatti, non può essere trasformato dall’interprete, se non entro certi limiti costituiti da una corretta ermeneutica, senza violare la riserva di legge (*infra*, § 12). L’attuazione dell’offensività, pertanto, esige che lo stato della legislazione ordinaria rispetti il modello della tutela dei beni, anziché logiche a essa alternative. Nondimeno, se un’incriminazione non osserva il paradigma della tutela dei beni, o se lo rispetta solo formalmente (nel senso che la maschera di un qualche bene formale o ideale è sempre in ipotesi ravvisabile), l’interprete deve sapere *descrivere* tale dato normativo in modo obiettivo, e a tal fine una concezione deontologica del bene giuridico servirà poco per “cambiare” la norma di legge; e potrà essere necessario e onesto ammettere che si è in presenza di una tutela di mere osservanze di precetti. Ma ci servirà ancor meno a cambiare i “fatti” l’idea della tutela di norme, se non come una delle possibili descrizioni: la tutela può presentarsi, *di fatto*, come tutela di norme, come protezione di funzioni, di sentimenti, della morale, dell’obbedienza, della normalità del tipo d’autore *etc.*: lo si vedrà meglio attraverso definizioni, o più esattamente descrizioni sostanziali a enciclopedia, più che mediante formali definizioni a dizionario. Pertanto, nessuno, neanche il Parlamento, ci potrà costringere ad ammettere che un’incriminazione è liberale, quando non lo è, perché sanziona una tipologia d’autore o una mera disobbedienza. Ma se un interprete “legittimista”, capace di “vedere” un bene quando non c’è, magari ancorando la tutela a “beni futuri”²⁰, lo si troverà

tedesca C. ROXIN, *Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte*, in *Fest. Hassemer*, cit., spec. 593 ss. Una generale rappresentazione critica degli approcci funzionalisti *lato sensu* in H. SCHNEIDER, *Kann die Einübung in die Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten? Eine Kritik des strafrechtlichen Funktionalismus*, Duncker & Humblot, Berlin, 2004.

19. Qualora, invece, si riconosca che esiste un controllo della norma in base alle conseguenze, allora si dovrà prendere atto che il paradigma della tutela delle norme non sarebbe più davvero alternativo a quello della tutela dei beni. La prospettiva qui seguita resta beninteso deontologica e non puramente descrittiva. Ma anche in una lettura descrittiva, diciamo per es. kelseniana, del fenomeno, non potremmo non distinguere per es. tra causalità e imputazione, tra causazione di un danno e sua ascrizione normativa. Orbene, se l’imputazione avviene in un quadro istituzionale che sottopone la sua legittimazione a parametri sia assiologici superiori e sia eziologici, la mera qualificazione formale della tutela come protezione di norme appare del tutto *insufficiente a spiegare anche descrittivamente* il fenomeno. Il problema è che – di fatto – l’opzione politico-criminale del legislatore penale non è ancora pienamente descrivibile in quei termini ancora ottativi, propri dell’offensività come principio. Ma il nostro obiettivo è che lo diventi, non descrivere la loro mancanza.

20. Sulla possibilità che il diritto penale tuteli anche *beni futuri*, così ravvisando *sempre* un bene-oggetto giuridico in ogni reato, ART. ROCCO, *L’oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Bocca, Milano, Torino, Roma, 1913, 262-264, e sul punto i rilievi critici svolti in M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell’imputazione del reato*, Giuffrè, Milano, 1991, 141 ss.

sempre, nell'accademia o nella magistratura, questo spiega perché l'"ideologia del bene giuridico" sia manipolabile e incerta: e in fondo, così *politicienne*. Nostro obiettivo, peraltro, sarà quello di ancorare la semantica del bene giuridico a un fondamento il più solido possibile di dogmatica delle categorie prima, e dei principi poi: ecco la dialettica tra "bene" e "offensività".

1.4

L'offensività, o idea-principio del carattere necessariamente lesivo del reato, riguarda la dimensione di una teoria *prescrittiva* del reato, come è quella a base costituzionale.

Non a caso, dunque, essa ne può rappresentare – come è stato in Italia – un tratto identitario, un momento centrale. L'offensività, nondimeno, riguarda innanzitutto *il legislatore*, e solo in un secondo momento *l'interprete*, dato che l'interpretazione è pur sempre vincolata dalla legge e dunque dalla riserva di legge, sì che l'attuazione dell'offensività in chiave ermeneutica presenta, come vedremo, spazi limitati dall'impossibilità di qualsiasi interpretazione "conforme" a una legge superiore di stravolgere alcuni limiti della legalità ordinaria. Quando tali limiti dovessero ritenersi superabili, avremmo, infatti, annullato la divisione dei poteri e la soggezione del giudice alla legge.

2 - 2.1

ANCORA SU TUTELA DI BENI
VS. TUTELA DI REGOLE. IL
CONTENUTO ESSENZIALE, MINIMO,
DEL PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ E
LE SUE FONTI NORMATIVE

C'è una premessa al principio di offensività, che non ne definisce il *contenuto*, ma appunto una *pre-condizione*.

La *premessa* – che è già in parte presente nell'idea del bene giuridico nella sua funzione critica e liberale, e sta "a monte" della stessa offensività – è che non è lecito proteggere l'interesse alla *mera* osservanza dei precetti, o la "vigenza di una norma" in quanto tale. Che ciò avvenga sempre, accanto alla tutela di beni, poco importa: il dato non esprime il diritto penale della nostra forma di Stato di una democrazia discorsiva.

Ogni violazione di regole tutela un interesse a quelle esterno, e l'abuso sanzionatorio della libertà, della vita, del patrimonio o dell'onore dei cittadini, si cela dietro ogni concezione che riconduca la tutela penale alla mera osservanza di una regola. Per questo l'idea del bene giuridico, nella sua *funzione garantistica*, si sposa con il danno sociale, con l'evento, con il sostanzialismo, con la giurisprudenza degli interessi, opponendosi a ogni forma di diritto penale delle irregolarità, della volontà, dell'autore²¹. Solo interrogandosi sulle conseguenze di una violazione è possibile controllarne criticamente la legittimità epistemologica e giuridica²². La tutela di regole, come tale, è solo una forma d'imperativismo dell'obbedienza, compatibile con un diritto penale di tipo autoritario. Per questo l'idea del bene giuridico fatta propria dalla prospettiva dell'offensività esige che il diritto penale *non* tuteli né l'obbedienza né la moralità in quanto tali; ancor meno possono essere sanzionati di per sé un'anomalia del carattere, uno stato di devianza, un modo di essere, un atteggiamento interiore o della volontà. Neppure ci interessa che la norma serva a farci fare (od omettere) qualcosa, che sia meramente "performativa": il dis-valore d'azione è ciò che produce un disvalore di evento, interessa in quella prospettiva, perciò la norma deve avere un programma epistemologicamente controllabile, *una regola interna di tipo eziologico*.

Possiamo quindi ribadire con più cognizione di causa che la premessa costituzionale all'offensività riguarda la "forma" della tutela penale: *se* entra in gioco il diritto penale, *ciò deve avvenire nella forma della tutela dei beni*²³.

21. Lo sapevano bene i teorici del diritto penale della volontà, d'autore, o come violazione di doveri, in età nazionalsocialista: per tutti F. SCHAFFSTEIN, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1935, 9 ss., 20 ss., 29 ss., 34; ID., *Das Verbrechen eine Rechtsgutsverletzung?*, in *Deutsches Strafrecht*, 1935, 97 ss.; G. DAHM, *Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft*, in *ZStW*, Bd. 57, 1938, 225 ss., spec. 230 ss.

22. Cfr. DONINI, "Danno" e "offesa", cit., 1547 s., 1577 ss.

23. In termini, M. DONINI, "Danno" e "offesa", cit., 1552 ss. Nel senso che alla 'forma' del bene giuridico possono poi corrispondere i più diversi 'contenuti',

Tutto questo, peraltro, non discende dall'idea di bene giuridico in sé – dato che esistono anche concezioni “metodologiche” del bene che lo identificano con la mera *ratio*, che avvolgono e travestono un mero comando, abbellendolo di valori, scopi e finalità puramente formali – ma da una sua ri-lettura costituzionale che opera attraverso diverse norme-principio: il *principio di materialità*, il *principio del diritto penale del fatto*, il *divieto di un diritto penale d'autore*, il *principio di laicità*, operano tutti insieme, unitamente al principio di offensività, per delimitare *ab origine* quei campi e quei divieti e *per delimitare la tutela dei beni in un significato costituzionalmente conforme*.

Quei limiti e divieti, dunque, non possono essere ricondotti al nucleo concettuale e storico dell'offensività in senso stretto, se non si vuole fare di quest'ultima un mero raccoglitore di esigenze garantiste di tipo oggettivistico. Infatti, un reato può violare in astratto il principio del diritto penale del fatto, o il divieto di diritto penale d'autore, *prima ancora che* l'offensività. Occorrerà pertanto definire meglio il suo *principium individuationis*.

Il *fondamento positivo* dei principi sopra indicati viene oggi ricondotto pacificamente (a parte la laicità riconducibile agli art. 3, 19, 21 Cost.) agli art. 3, 13 e 25 cpv., 27, co. 1 e 3, Cost., a una rilettura della *legalità penale* attraverso i principi di eguaglianza, al vincolo e al rango del bene giuridico più importante e tipico colpito dal diritto penale costituito dalla libertà personale, e al complesso delle garanzie che compongono lo statuto dell'intervento penale, a cominciare dalla distinzione tra pene (art. 25 cpv. e 27, co. 1 e 3, Cost.) e misure di sicurezza (art. 25, co. 3, Cost.), e dall'esigenza che il “fatto” punibile esprima un disvalore tale da giustificare un'esigenza non solo di personalizzazione della responsabilità (che un fatto di inosservanza formale neppure implicherebbe), ma anche di rieducazione-risocializzazione. Anche se non nell'identica formulazione, principi analoghi esistono, in forma espressa o implicita, in molti testi costituzionali o sovranazionali: ciò che spiega l'esportabilità del modello, oggi.

Lo *stesso principio di offensività*, che è distinto dagli altri principi ora indicati, trova anch'esso un fondamento implicito, non espresso, in quelle *medesime fonti giuridiche positive*.

Si tratta dunque di una “convenzione ermeneutica” tipica delle clausole generali e dell'interpretazione sistematica, le quali consentono di arricchire la portata normativa di regole-principi di contenuti in essi non espressamente indicati.

Stabilite quelle premesse, si può pertanto cominciare e definire il *contenuto* del *principio di offensività in senso stretto*, che pre-suppone che la tutela sia di interessi distinti dall'osservanza di regole, e serve appunto a delimitare ulteriormente i beni penalmente tutelabili, ad affermare che *non ogni bene è tutelabile*, laddove è certo che ogni bene tutelato penalmente può essere protetto anche da altri rami dell'ordinamento (e di regola lo è).

Il principio di offensività, in questa prima declinazione, opera «*come limite di rango costituzionale alla discrezionalità del legislatore ordinario nel perseguire penalmente condotte segnate da un giudizio di disvalore*», come riconosciuto dalla sentenza della Corte costituzionale 25 luglio 1995, n. 360 (§ 7), che probabilmente per prima ha affermato nella sua autonomia, in motivazione, l'esistenza di un sindacato sull'offensività astratta in generale²⁴, poi chiaramente ricondotto a «*limite di rango costituzionale alla*

anche illiberali, dovendosi quindi disporre di altri parametri costituzionali per ritagliare i limiti della tutela, E. DOLCINI, G. MARINUCCI, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, cit., 333 ss.

24. Il rilievo in C. FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, cit., 91. La sentenza n. 360 del 1995 (est. Granata), peraltro, in tema di coltivazione di sostanze stupefacenti (art. 75 dpr n. 309/1990) non fa che applicare al caso concreto i principi più diffusamente argomentati nella precedente decisione 10 luglio 1993, n. 333 (est. E. Gallo), sempre in tema di stupefacenti, dove pur aparendo chiarissimo il duplice versante dell'offensività in astratto e in concreto, il primo profilo (riguardante il legislatore) era più chiaramente vagliato in termini di ragionevolezza delle presunzioni di pericolo (tale essendo del resto il profilo concretamente sottoposto alla Corte), sì che con riferimento all'offensività in generale, la Corte affermava (§ 9.1): «può certo discutersi sulla costituzionalizzazione o meno del principio d'offensività», citando la risalente C. cost. n. 62 del 1986. V. pure la ricognizione delle sentenze della Corte in A. VALENTI, *Principi di materialità e offensività*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. I⁴, cit., 371 ss.

discrezionalità legislativa» (così, per es., C. cost. n. 6-11 luglio 2000, n. 263)²⁵, di fatto reso operativo, nella maggior parte dei casi, attraverso il parametro della *ragionevolezza* di cui all'art. 3 Cost.²⁶.

La risposta tradizionale al quesito circa i beni penalmente tutelabili, alla stregua di tali premesse, è che sono tutelabili solo gli interessi e i valori «*comparabili*», vale a dire bilanciabili, confrontabili, col sacrificio (potenziale, anche se non sempre effettivo) della libertà personale, pur con le debite precisazioni sui tratti sempre meno carcerari di larghi settori del diritto penale odierno.

Questa *apparente conversione dell'offensività nella proporzione* è, peraltro, *risposta priva di grandi contenuti selettivi*²⁷: quasi tutto, e comunque troppo, è penalmente sanzionato a livello di tipologia di interessi offesi! Quando uno studia il diritto penale *vigente*, perciò, e vede che cosa è davvero penalmente vietato, comprende che non può partire dal diritto vigente per definire l'offensività, che suppone parametri *prescrittivi* (per una diversa validità del diritto).

Ma non basta. Lo stesso richiamo alla *libertà personale* quale parametro unico di riferimento è attualmente di *valore paradigmatico meno stringente*: troppo esteso, infatti, è oggi il diritto penale non del carcere, o la cui esecuzione «*restrittiva*» della libertà manca del tutto o è sostituita da sanzioni poco invasive della stessa, se non in forma eventuale e succedanea (pene pecuniarie, messe in prova, pene alternative, pene sostitutive, pene sospese *etc.*).

Per questo, occorre riconoscere che la concretizzazione di criteri vincolanti è in attesa di risposta, di una risposta che non è semplicemente appaltata a una razionalità illuministica, ma di tipo storico, anche se *i percorsi* per arrivare a una soluzione sono attualmente *conosciuti e praticabili*. Non siamo all'inizio della ricerca.

2.2

Altro contenuto tipico del nostro principio è che *non ogni forma o modalità di offesa di beni è di rilevanza penale*. Di qui la concretizzazione delle diverse tecniche di tutela penali: modalità di lesione e relativo elemento soggettivo-modale (il dolo o la colpa come «*azione*»), nesso di rischio e disvalore di evento co-definiscono l'area penalmente rilevante. Ciò prima ancora di affrontare la selezione soggettiva vera e propria, che è altrettanto caratterizzante, dato che il reato non è solo offesa oggettiva, ma offesa colpevole: *la sola «offesa» non è reato*.

Anche il contenuto «*modale*» del disvalore oggettivo di azione, come quello del disvalore oggettivo di evento, è comunque fortemente segnato da opzioni politiche, che rendono problematica la giustiziabilità del principio da parte della Corte costituzionale. Ma anche in questo caso, le differenze tra illecito penale, civile e amministrativo hanno conosciuto nel Novecento un'esplorazione ricca di informazioni e parametri di sicuro orientamento (§ 4, *infra*)²⁸.

25. In materia di violata consegna di cui all'art. 120 c.p.m.p. (rel. Mezzanotte).

26. V. al riguardo V. MANES, *Il principio*, cit., 136 ss., con gli opportuni richiami.

27. Ovviamente chi non dispone di (o non valorizza a sufficienza) un autonomo principio di offensività (autonomo soprattutto dal bene giuridico) è destinato a esaltare (con esiti utili anche per l'offensività) soprattutto la proporzione. Cfr. per es. S. MIR PUIG, *Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Verfassungsgrundlage der materiellen Grenzen des Strafrechts*, in Fest. Hassemer, Müller, Heidelberg, 2010, 521 ss.; T. WEIGEND, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze staatlicher Strafgewalt*, in Fest. Hirsch, de Gruyter, Berlin, New York, 1999, 917 ss. e a livello monografico soprattutto, più di recente, per i profili di sindacato costituzionale, G.P. LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, CEPIC, Madrid, 2006, 232 ss. e *passim*; e in sintesi ID., *Posibilidades y límites del principio de proporcionalidad como instrumento de control del legislador penal*, in S. MIR PUIG, J.J. QUERALT JIMÉNEZ (dir.), *Constitución y principios del derecho penal*, cit., 105 ss.; C. LAMARCA PÉREZ, *El principio de proporcionalidad y el control consitucional de las leyes penales*, Colex, Madrid, 2011. Sul punto v. i pregevoli rilievi metodologici di M. ATIENZA, *Consitucionalismo y derecho penal*, in S. MIR PUIG, M. CORCOY BIDASOLO (Dirs.), *Constitución y derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2012, 19 ss., spec. 28 ss., 30 ss., nel quadro di un «*costituzionalismo postpositivista*» suggerito al penalista. Per una recente analisi del principio di proporzione in ambito europeo (dove esiste una vastissima letteratura), cfr. A.M. MAUGERI, *Il principio di proporzione nelle scelte punitive del legislatore europeo: l'alternativa delle sanzioni amministrative comunitarie*, in AA.Vv., *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cura di G. Grasso, L. Picotti, R. Sicurella, Giuffrè, Milano, 2011, 67 ss.

28. Una storia recente e aggiornata del dibattito sul tema in V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., cap. III (129 ss.).

2.3

Se ci si limita ai profili *oggettivi* dell'offesa, quelli che più la connotano (*infra*, § 6.5), poiché si tratta d'indicazioni anche prescrittive e di scienza della legislazione, o di politica legislativa, i percorsi e i parametri per rendere l'offensività *giustiziabile* sono molto più limitati, però alcune novità si possono registrare a tale riguardo nella più recente giurisprudenza costituzionale.

3 - 3.1

(SEGUE). TECNICHE DI TUTELA PENALE E PARAMETRI OGGETTIVI CHE IDENTIFICANO L'OFFESA

Alcune *tecniche di tutela* sono di natura civilistica o amministrativa. Ciò era ben chiaro negli anni Settanta²⁹, poi le acque e soprattutto le menti si sono confuse a lungo, ma dopo un'indigestione di logica *floue*, di postmoderno e di pensiero debole, è necessario ritornare a un ordine concettuale smarrito.

Sono sicuramente penalistiche le tipologie d'incriminazioni di offese di pericolo concreto, o astratto-concreto, diremmo oggi, rispetto a beni strumentali, ma necessari, aggredibili in situazioni anticipate.

Non sono penalistiche le incriminazioni di offese di pericolo così arretrato da confondersi con la neutralizzazione della pericolosità dell'autore, con la mera inosservanza di una regola di organizzazione, con la violazione di regole precauzionali prive di riconoscimento scientifico sicuro e verificabile. Ma non è che il pericolo concreto sia una panacea: se lo si collega a beni-situazioni di interesse collettivo, universali o ideali *etc.*, o a eventi-beni giuridici immensi, di grande magnitudo, il paradigma dell'offensività rischia di diventare ideologia, in quanto tutta la sua gestione si sposta sull'interprete, cioè sulla giurisprudenza, costretta a concretizzare offese indeterminate – data la grandezza dell'evento – e a ricostruire in via ermeneutica offese di pericolo più arretrato, più astratto, per rendere praticabili le incriminazioni³⁰. E' come pensare di avere, o di dover cercare, uno *zoom* per concretizzare un'immagine troppo generica: lo useremo quanto più l'evento-obiettivo è distante; altrimenti, se è individuale e immediato, la sua massima concretezza non esige tecniche correttive. Così accade, sul piano della rappresentazione, nella colpa e nel dolo – il loro "oggetto" rappresentativo – in situazioni universali e collettive, dove il pericolo generico e "ad ampio spettro" (senza lo *zoom*) prevarrà sull'evento individuale.

Di qui, se non si vuole delegare all'interprete l'arbitrio della scelta, o impedirgli ogni scelta mediante regole formali, l'esigenza di prevedere opportunamente situazioni più concretizzate, beni giuridici intermedi ai quali ancorare la verifica della pericolosità tipica³¹, prima, e dell'elemento soggettivo tipico poi.

29. Per una rilettura di alcune emergenze più recenti del tema delle tecniche di tutela penali cfr. A. MERLI, *Introduzione*, cit., 283 ss. Nel discorso che segue omettiamo di definire meglio il **pericolo concreto**, dato che si tratta di differenze non essenziali in termini di legittimità della tecnica di tutela penale. Però anch'esso, come il pericolo astratto (e in ragione dei confini tra di essi) presenta molteplici varietà: dalla pericolosità della condotta *ex ante* al pericolo come evento *ex post* (cfr. DONINI, *Teoria del reato*, cit., 175-177 in nota, dove si tendeva ad assimilare il pericolo astratto e quello presunto, e qui un'illustrazione ancora utile della *grande incertezza lessicale e concettuale al riguardo*). La **tricotomia presunto, astratto e concreto**, qui di seguito ripresa, che ha avuto diverse fortune, è stata rivitalizzata da C. PEDRAZZI, *Problemi del delitto di aggraviamento*, cit., 46-49; M. GALLO, *I reati di pericolo*, cit., 3 ss., ripresa a livello manualistico, per es., da F. MANTOVANI, *Diritto penale*, parte gen.⁷, cit., 210 ss., e offre pur nella divergenza (anche qui significativa!) delle esemplificazioni e letture, un ancoraggio concettuale utile per una valutazione *in prospettiva di riforma*. Sempre a F. MANTOVANI, *Diritto penale*, parte gen.⁷, cit., 223 ss. si rinvia anche per un'utile schematizzazione delle "tecniche di attuazione del principio di offensività". Sul piano concettuale, comunque, tutta la materia richiede una revisione profonda. Nel senso che il lavoro dogmatico sui reati di pericolo sarebbe ancora agli inizi, uno dei più significativi studi della fine degli anni '90 in Germania: F. ZIESCHANG, *Die Gefährdungsdelikte*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998, 197.

30. Ampiamente, su questo rischio e alcune soluzioni rispetto ad esso, il nostro scritto M. DONINI, *Reati di pericolo e salute pubblica, Gli illeciti di prevenzione alimentare al crocevia della riforma penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2013, in corso di stampa, e anche in AA.VV., *La sicurezza agroalimentare nella prospettiva europea. Precauzione, prevenzione e repressione*, Atti del Convegno di Modena, 3-5 novembre 2011, a cura di L. Foffani, A. Doval Pais, D. Castronuovo, Giuffrè, Milano, 2014.

31. La posizione prevalente anche da noi, oggi, risulta nel senso della possibile valorizzazione di beni intermedi, strumentali, dotati però di adeguata concretizzazione. Cfr. per es. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, PG⁷, cit., 199 ss., 211 s., 223 ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2004, Pre-Art. 39/6 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso*³, cit., 541 s.; D. PULITANO, *Diritto penale*, parte gen.⁴, Giappichelli, Torino, 2011, 119 ss.; M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, cit., 140-158; G. de VERO, *Corso di diritto penale*, I², Giappichelli, Torino, 2012, 135 ss.; A. ALESSANDRI, *Parte generale* in PEDRAZZI, ALESSANDRI, FOFFANI, SEMINARA, SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa. Parte generale e reati fallimentari*, Monduzzi, Bologna, 2003, 27 ss.; S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., 218 ss.; G. COCCO, *Il fatto*

3.2

Il pericolo astratto è ammesso come pericolo *astratto-concreto o indiretto*, se verificato giudizialmente su una situazione concreta *almeno rispetto a taluni profili* oggettivi o soggettivi, o di nesso di rischio tra i due:

a) *oggettivi*, in quanto *alcuni* elementi del fatto vanno verificati o misurati in concreto (per es. un certo livello di inquinamento, di capacità lesiva di una sostanza, la rilevanza di una falsa dichiarazione alla A.G., l'incidenza concreta, effettiva o potenziale, di una distrazione sul passivo fallimentare, *etc.*), dovendo presentare una pregnanza in termini di dannosità o pericolosità diversa dalla inosservanza formale di una regola di organizzazione o cautelare "oggettiva";

b) *soggettivi*, in quanto una violazione di pericolo astratto-presunto (per es. una detenzione illegale, o una insolvenza aggravata dall'imprenditore) diventa *oggettivamente* rilevante (più "offensiva", non meramente più "colpevole") se il *fine* la orienta verso risultati più chiaramente pericolosi, oppure se *la colpa* (grave, per es.) la rende più incontrollabile e rilevante. L'elemento soggettivo, qui, presenta un significato modale, e dunque offensivo esso stesso, nella sua componente 'fattuale' e non psicologica³².

3.3

Il pericolo presunto dovrebbe essere ammesso solo come inerente a *situazioni pregnanti* (per es. epidemia, avvelenamento di acque: art. 438, 439 c.p.), che in realtà non sono vere ipotesi di pericolo presunto, ma astratto-concreto, *oppure* se relativo a violazioni *sostanzialmente amministrative* (per es. contravvenzioni formali), come tali sanzionate con pene che in prospettiva dovrebbero anche formalmente ricondursi a quel modello: qui è il criterio della proporzione che rende possibile una legittimazione politica del rapporto illecito-sanzione a fronte di pene sostanzialmente degradabili (per scelta originaria o grazie a forme di oblazione, di degradazione in concreto) a sanzioni penali dimidiate o di tipo para-amministrativo, e grazie alle 'uscite di sicurezza' dal formalismo costituite da reato impossibile e principio di esiguità, che però necessitano di parametri normativi di parte speciale o di parte generale tali da renderli più operativi su larga scala (v. il § 12). In tutti gli altri casi di illeciti "maggiori" (per es. omissione o rimozione di cautele antinfortunistiche: art. 437 c.p., esercizio di attività non autorizzate: art. 348 c.p.) dovrebbe ammettersi già *de lege lata* una riconversione ermeneutica della fattispecie secondo il principio di offensività da parte dell'interprete, con i limiti che si diranno (*infra*, § 12).

3.4

All'identificazione dell'offesa contribuisce, negli stessi reati di evento (lesivo o di pericolo), il *nesso di rischio* tra condotta (soggettivamente qualificata) ed evento, che è un profilo *ulteriore* al semplice rapporto causale (tradizionalmente costruito tra l'evento e la condotta "obiettiva" o meglio soggettivamente *non* ancora qualificata), e risulta spesso decisivo per l'identificazione di un'offesa *penale*. Solo la conseguenza o la situazione pericolosa cagionata *mediante* una determinata inosservanza o modalità è rilevante, e la modalità non è semplicemente un indice di (maggiore) disvalore, perché identifica l'offesa stessa attraverso una certa realizzazione di un rischio: se non produco l'evento di pericolo (astratto-concreto) mediante certe inosservanze o con certe finalità, non c'è bancarotta fraudolenta (art. 216 e 223 l. fall.), né traffico di influenze (art. 346-bis c.p.), non c'è

tipico, in *Il reato*, a cura di G. Cocco, Cedam, Padova, 2012, spec. 69 ss.; C.F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di diritto penale*, parte gen., Giuffrè, Milano, 2013, 52 ss., 63-65. V. anche, di recente, per un utile quadro ricostruttivo e critico, V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., 86 ss., e *amplius* 74-127. Tale posizione trova espressione anche presso quelle teoriche che – in parte solo con diversa etichetta – valorizzano una categoria di reati di *pericolo indiretto* dove il pericolo intermedio riguarda beni distinti o situazioni tutelate strumentalmente in vista di un bene ulteriore (per es. i citati G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso*³, cit., 563 ss., 592 ss., 601 s., e già F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, cit., 179 ss.).

32. Sul rapporto fra tipicità/offesa/illecito ed elemento soggettivo "modale" (dolo e colpa come «azione») si consenta il rinvio a M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, cit., 74 ss.; ID., voce *Teoria del reato*, cit., 262 ss.; ID., voce *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., 671 ss.; con riguardo al (e però limitatamente al) dolo specifico, v. soprattutto L. PICOTTI, *Il dolo specifico*, Giuffrè, Milano, 1993, 497 ss., 501 ss., 558 ss.; e più di recente, in modo analogo, ID., "Dolo specifico" und Absichtsdelikte, in *Fest. Frisch*, Duncker & Humblot, Berlin, 2013, 363 ss., 376 ss.

induzione indebita (art. 319-quater vs. 317 c.p.), non c'è adulterazione di sostanze alimentari (art. 440 c.p.), non c'è commercio con usurpazione di titoli di proprietà industriale (art. 517-ter c.p.), non c'è colpa penalmente rilevante *etc.*³³, e ovviamente non ci sono abuso d'ufficio (art. 323 c.p.), né falso in comunicazioni sociali (art. 2621 e 2622 c.c.) *etc.*

Questi aspetti sono così centrali che potremmo parlare a lungo di essi: e sarebbe un discorso molto *penalistico*, di *offensività penale* del fatto.

4 - 4.1

LA PARTE OGGI DIMOSTRATIVA DEL PRINCIPIO RIGUARDANTE LE SUE PREMESSE QUALE ESPRESSIONE DEL DIRITTO PENALE DEL FATTO E IL SUO NUCLEO PIÙ SPECIFICO

Il principio di *offensività* è una declinazione contemporanea del diritto penale del fatto, tradizionalmente contrapposto al diritto penale d'autore³⁴. In questa versione si può cominciare a dire che l'*offensività* abbia trovato un'applicazione da parte della Corte costituzionale italiana, tale da giustificare l'affermazione che esso ha cominciato a profilare i tratti di un principio che almeno in parte ha acquisito la forza di legge di un principio dimostrativo³⁵, e in parte può già oggi estenderla verso una portata più vasta.

Ricordo, in particolare, la sentenza sull'ubriachezza aggravata³⁶ e quella

33. Sul significato di *offensività* del *nesso di rischio* (un elemento che riguardando la "tipicità" oggettiva del fatto, tocca ovviamente la sua *offensività*), v. ancora M. DONINI, voce *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., 697 ss., con speciale riguardo al nesso di rischio nei reati dolosi.

34. Non a caso un'ampia e dettagliata discussione sul diritto penale d'autore costituisce parte centrale dell'opera fondazionale di BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., 26-38, 82.

35. Dobbiamo qui aggiornare (e forse modificare nella sostanza) le conclusioni alle quali eravamo pervenuti in diversi contributi precedenti. Muovendo dalla distinzione tra principi costituzionali di tipo dimostrativo e di tipo argomentativo (o solo politico-criminale) – cfr. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, cit. 25 ss.; ID., voce *Teoria del reato*, cit., 234; ID., *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana*, in *Foro it.*, 2001, V, 29 ss. – avevamo evidenziato per l'*offensività* qualcosa di simile al principio di *ultima ratio*: la sua difficile giustiziabilità, in quanto la Corte aveva per lo più affermato la violazione dell'*offensività* "passando" attraverso altri principi, più direttamente giustiziabili in quanto (un po') meno soggetti a valutazioni di tipo politico, in particolare quello di ragionevolezza (da ultimo M. DONINI, *Principi costituzionali e sistema penale. Modello e programma*, in *IUS17@unibo.it*, n. 2/2009, 424 ss., 439. Nello stesso senso v. per tutti, V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., 210 ss., 230 ss., e qui, invero, anche la registrazione di un primo utilizzo del principio di *offensività* in chiave dimostrativa, da parte della Corte, con la sentenza n. 354 del 2002 in tema di ubriachezza: sul punto v. *infra* nel testo). Ne risultava un carattere ancora politico-criminale dell'*offensività*, più che giuridico-dimostrativo. Avevamo però segnalato, sempre e da tempo, la possibilità e l'opportunità di una evoluzione interpretativa del principio da finalizzare verso una sua maggiore, auspicabile giustiziabilità (cfr. in particolare *Prospettive europee del principio di offensività*, cit., 123; ID., *Il volto attuale*, cit., 68, 71 ss.). Orbene, se si osservano pur nel loro ordine sparso, varie pronunce più o meno recenti, si può notare che la Corte ha cominciato a dare concretezza a tale prospettiva, su questioni dove peraltro si valorizzano principi, come quello del diritto penale del fatto, che costituiscono presupposti – come si è visto (*retro*, § 2) – dell'*offensività* in senso stretto. V. pure, in diverso contesto argomentativo, V. MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, cit., 99 ss., 103 ss. La nostra distinzione tra principi di tipo dimostrativo e argomentativo è ora criticata da G. FIANDACA, *Sull'approccio costituzionale al diritto penale: attualità e limiti*, relazione svolta a Modena al Convegno svoltosi l'8-9 ottobre 2010 sul tema: "L'approccio costituzionale al diritto penale del XXI secolo: le esperienze italiana e spagnola a confronto" (dattiloscritto, p. 18-20), che ravvisa un carattere sempre argomentativo nell'uso dei principi e nell'esigenza di bilanciarli. Non è subito ben chiaro a che cosa conduca, sul piano *pratico*, questa obiezione, che qualifica come eccessivamente «ambizioso» e «poco realistico» (*ivi*, 19) il costituzionalismo che ambisca a implementare il 'passaggio' di un principio da una all'altra categoria delle realtà più o meno giustiziabili. Muovendo da altro punto di vista, per es. L. FERRAJOLI, *Principia juris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, Laterza, Roma-Bari, 2007, 564 s., 585, critica la stessa distinzione fra principi e regole al fine di non indebolire il valore normativo dei primi; viceversa, seguendo per es. M. ATIENZA, *El derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2010, 218 ss., 232 s., potremmo anche sottoscrivere l'assunto sul valore sempre argomentativo dei principi (ma anche delle regole, secondo Atienza!), dato che il bilanciamento tra principi "produce regole", a prescindere dalla forza originaria dei principi stessi. Tuttavia, il nostro discorso rimane legato ai principi costituzionali e a una *constatazione insuperabile*: finché un principio non viene usato quale fondamento capace di sostenere *da solo* una valutazione di illegittimità con leggi contrastanti con esso, perché ha "bisogno" di altri supporti normativi in funzione argomentativo-giuridica, non è ancora adeguatamente giustiziabile, o lo è meno di altri, che bastano a sé stessi. E' più argomentazione che principio-regola. Muovendo da tale dato evidente dell'esperienza ermeneutica, la distinzione tra regole, principi-regola (dimostrativi) e principi d'indirizzo politico (v. Corte cost. n. 409/1989), ci pare capace di meglio descrivere il dato normativo. Che poi tutto, dalle regole alle idee (siano esse contenute nella mente, nella società, in testi di legge o in opere dei filosofi del passato), possa essere usato in chiave argomentativa anche in una sentenza, è un truismo. Siamo peraltro grati a Giovanni Fiandaca, per questo contributo critico, che aiuta a valorizzare – ecco il suo significato *pratico*, a nostro avviso – l'uso normativo-regolativo dei principi in genere, e dunque a implementare le possibilità di un'evoluzione di principi di uso argomentativo in principi vincolanti in termini giuridici: e questo non per un atto d'illuminazione accademica da parte degli studiosi verso la Corte costituzionale (che nessuno può peraltro escludere del tutto), ma per la possibilità di individuare contenuti più certi e anche meno sottratti a una "pura valutazione", attraverso casi, esempi paradigmatici e nuovi parametri operativi sorti dall'argomentazione.

36. C. cost., 10 luglio 2002, n. 354 sull'art. 688 cpv. c.p. (ubriachezza in luogo pubblico aggravata dalla presenza di precedenti suppostamente "indizianti", ma in realtà non connessi al "fatto" dell'art. 688 e dunque espressione di una valutazione sul tipo d'autore). La decisione (§ 3) motiva l'annullamento della fattispecie di reato perché «in aperta violazione del principio di offensività del reato, che nella sua accezione astratta costituisce un limite alla discrezionalità legislativa in materia penale posto sotto il presidio di questa Corte (sentenze n. 263 del 2000 e n. 360 del 1995). Tale limite, desumibile dall'articolo 25, secondo comma, della Costituzione, nel suo legame sistematico con l'insieme dei valori connessi alla dignità umana, opera in questo caso nel senso di impedire che la qualità di condannato per determinati delitti possa trasformare in reato fatti che per la generalità dei soggetti non costituiscono illecito penale».

sull'aggravante della presenza nel territorio dello Stato dell'extracomunitario irregolare (*anche se non motivata specificamente sull'offensività, quest'ultima*)³⁷, che hanno ravvisato una violazione dell'art. 25 cpv. Cost. nella presenza d'incriminazioni costruite su un (presunto) disvalore d'autore anziché del fatto, in ciò ravvisando (la prima decisione) una violazione dello stesso principio di offensività.

Però è chiaro che l'offensività non "coincide" col principio del diritto penale del fatto, ma lo contiene e lo supera: se un reato è di pericolo presunto e la presunzione legale di pericolosità non è ragionevole, la violazione dell'offensività (e della ragionevolezza) non significa che la fattispecie sia espressione sicura di un diritto penale d'autore³⁸.

4.2

In una direzione diversa, infatti, che non ha trovato seguito nella giurisprudenza successiva, avrebbe potuto essere valorizzata, quale *espressione di un iniziale percorso di costruzione dell'offensività come principio dimostrativo, e non meramente argomentativo*, distinto dal diritto penale del fatto, ma anche dalle presunzioni di pericolosità irrazionali, un'altra decisione della Consulta, quella sull'esposizione non autorizzata di bandiera di Stato estero³⁹, non tanto per il (modestissimo) valore intrinseco della normativa dichiarata illegittima, quanto per il significato potenziale della censura di legittimità: quella della critica giuridico-costituzionale del *tipo di bene* giuridico protetto.

Ci sono beni giuridici, disse allora la Corte, che non possono essere – che non meritano di essere – tutelati penalmente, semmai possano definirsi "beni".

4.3

Apparentemente tradizionale, ma meritevole di sviluppo soprattutto alla luce dell'ingresso di più *saperi empirici nel giudizio di offensività*, nonché sulla motivazione o motivabilità dell'opzione penale che può estendersi sino al (diverso) principio dell'*ultima ratio*, è poi la valutazione circa la *ragionevolezza*, ma diremmo, prima ancora, circa la *prova* scientificamente plausibile dell'offensività o della pericolosità presunta di una condotta⁴⁰.

4.4

Le tre prospettive – *diritto penale del fatto, non d'autore, beni assiologicamente penalistici e sindacato anche empirico sulla ragionevolezza e sulla base scientifica di una presunzione di pericolo* – non sono identiche, ma tutte quante possono già oggi essere attuate in modo dimostrativo da parte della Corte costituzionale, anche senza l'apporto di

37. C. cost. 8 luglio 2010, n. 249 sull'art. 61-bis c.p. che aggravava ogni delitto per la sola presenza sul territorio statale di straniero extracomunitario irregolare. Norma contrastante con l'art. 25 cpv. Cost. non per l'innocuità in senso stretto, ma per violazione del principio del diritto penale del fatto – che vieta la punibilità per ragioni relative alla mera presunta pericolosità dell'autore – che però, come chiarito in precedenza, è un pre-supposto dell'offensività, della declinazione costituzionale dell'offesa di un bene giuridico quale base delle incriminazioni. Sulla normativa in materia di cittadini extracomunitari quale espressione di un diritto penale d'autore si consenta il rinvio a M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da "oggetto materiale" a "tipo d'autore" nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Questione Giustizia*, n. 1/2009, 101 ss.

38. V. già, in tal senso, le osservazioni critiche di F. BRICOLA, voce *Teoria generale*, cit., 82 alla tesi di M. Gallo che nel pericolo presunto vedeva una punizione dell'autore, più che del fatto (M. GALLO, *I reati di pericolo*, cit., 8). Come notava Bricola, non si può valorizzare solo il momento retributivo della pena (come faceva M. Gallo, a suo avviso) per contrastare possibili derive d'autore. In realtà, la retribuzione non ci ripara dal rischio di vedere nel reato una mera disobbedienza e di punire dunque fatti inoffensivi ma...inosservanti. Per questo, concludeva Bricola, solo la prospettiva della finalità specialpreventiva-rieducativa della pena (art. 27, co. 3, Cost.) consente, collegata all'art. 25 cpv. Cost., di dare al "fatto" stesso, al fatto *commesso*, una dimensione teleologica che deve incidere sulla sua costruzione legale: esso deve essere tale da esprimere un disvalore che fondi un percorso risocializzativo-rieducativo, ma solo un fatto offensivo si presta a giustificare tale compito teleologico della pena, postulando un equilibrio fra rieducazione-retribuzione (nel lessico di Bricola), che impedisca sia la punizione della mera pericolosità dell'autore, sia la mera sintomaticità del fatto, sia la mera disobbedienza (*ivi*, 82).

39. Corte cost., 21-25 maggio 1987, n. 189, in *Giur. cost.*, 1987, 1375 ss., spec. 1383. Il reato di esposizione non autorizzata di bandiera estera era previsto dagli artt. 1 e 3 l. 24 giugno 1929, n. 1085. La motivazione spiegava, tra l'altro, che quell'incriminazione non tutelava nessun bene giuridico ("non è tutelato alcun bene giuridico": § 4) meritevole di protezione (penale), "mancando il fatto tipico...d'ogni significatività e offensività" (§ 6).

40. V. in tal senso, in particolare, D. PULITANO, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1004 ss., con gli opportuni riferimenti alla giurisprudenza costituzionale più vicina a tale prospettiva; nonché, sul tema della motivazione delle leggi penali e dell'impiego di saperi empirici nella valutazione costituzionale del rispetto della sussidiarietà penale, M. DONINI, *Il volto attuale*, cit., 89, 272 s.; Id., *Europeismo giudiziario e scienza penale*, cit., 187 ss.

altri principi costituzionali: ciò dipende dall'opportunità dei casi giudicati e da un profilo squisitamente decisorio che è contenuto nell'attività interpretativa. Che questo non sia ancora storicamente avvenuto o non a sufficienza, è una questione contingente. La sia pur letargica e intermittente emergenza di quei tre profili indica quindi un percorso che col tempo si fa più nitido, anche nella lettura di chi scrive, perché debitamente valorizzati essi rappresentano *insieme la base epistemologica di un fondamento nuovo* che attende una futura ricostruzione evolutiva del principio di offensività, il cui contenuto è all'evidenza molteplice: costituito in parte da sotto-principi e in parte da un nucleo più specifico.

4.5

Possiamo dire, a conclusione di questa evoluzione, che il principio di offensività *«esprime l'idea che il reato deve offendere un bene giuridico di rilevanza costituzionale, cioè riferirsi a un fatto lesivo o pericoloso, irriducibile a una mera censura sull'autore, o sulla disobbedienza, sul carattere, sulle intenzioni, o sull'immoralità, e la cui dannosità è sottoposta a un possibile vaglio di ragionevolezza e di fondatezza empirica, dovendo altresì presentarsi come assiologicamente compatibile con il rango dei beni che la tutela penale sacrifica e con il valore paradigmatico di detta tutela»*. Ovviamente, è lo statuto costituzionale del diritto penale, in Italia tracciato innanzitutto attraverso gli artt. 25 cpv., 27, co. 1 e 3, Cost., 2, 3 e 13 Cost., a contrassegnare il recinto ermeneutico entro il quale ricostruire quel principio.

Il profilo già bricoliano della *“rilevanza costituzionale”* dei beni – sulla quale si vedano pure le storiche sentenze C. cost. n. 364/1988 sull'art. 5 c.p.⁴¹, 369/1988 su moderni condoni e la non punibilità⁴², e 409/1989 sull'obiezione di coscienza⁴³ –, non risiede, a questo punto, nella necessaria identificazione del bene nella tavola di valori

41. C. cost. 23-24 marzo 1988, n. 364, est. Dell'Andro, e qui al § 17, la motivazione: «Il principio di riconoscibilità dei contenuti delle norme penali, implicato dagli artt. 73, terzo comma e 25, secondo comma, Cost., rinvia, ad es., alla necessità che il diritto penale costituisca davvero la *extrema ratio* di tutela della società, sia costituito da norme non numerose, eccessive rispetto ai fini di tutela, chiaramente formulate, dirette alla tutela di valori almeno di “rilievo costituzionale” e tali da esser percepite anche in funzione di norme “extrapenali”, di civiltà, effettivamente vigenti nell'ambiente sociale nel quale le norme penali sono destinate ad operare».

42. C. cost. 23-31 marzo 1988, n. 369, est. Dell'Andro, e qui, al § 3, l'assunto: «Lo “Stato sociale”, aumentando notevolmente la sua “incidenza” in vari campi d'attività, ripone fiducia, forse eccessiva, nella funzione deterrente e d'“orientamento culturale” della sanzione penale e finisce così con l'aggiungere a divieti contenutisticamente riferiti alle più svariate materie appunto previdenziali, tributarie, ecc.) la sanzione penale. Si produce così un aumento delle sanzioni penali (a ciò si deve anche il troppo frequente ricorso, anche dopo l'entrata in vigore della Costituzione, a misure “clemenziali”): almeno nelle intenzioni dei Costituenti doveva, invece, essere ridotta la frequenza dell'emanazione di provvedimenti di clemenza; il sistema penale, anziché essere tutela di pochi, fondamentali beni, costituzionalmente rilevanti, diviene, sia pur seguendo i mutamenti della realtà sociale, quasi “soltanto” od “ulteriormente” sanzionatorio di precetti (non sempre di notevole importanza) relativi alle più diverse materie. Con la conseguenza che il legislatore, allorché intende modificare la disciplina di queste ultime (ad es., dopo periodi d'illegalità di massa) è quasi necessitato, nel “cancellare” il passato, ad incidere sulle sanzioni penali poste a rafforzamento delle sanzioni extrapenali».

43. C. cost. 6-18 luglio 1989, n. 409, est. Dell'Andro: e qui la **motivazione al § 2**, che dà atto di «tre distinti principi: il primo, indicato di recente da autorevole dottrina, secondo il quale non sono legittime incriminazioni penali a tutela di beni non espressivi di valori costituzionalmente rilevanti (o significativi); il secondo, enunciato come principio di proporzionalità (valido per l'intero diritto pubblico) a termini del quale la scelta dei mezzi o strumenti, da parte dello Stato, per raggiungere i propri fini “va limitata da considerazioni razionali rispetto ai valori”: nel campo del diritto penale, il principio equivale a negare legittimità alle incriminazioni che, anche se presumibilmente idonee a raggiungere finalità statuali di prevenzione, producono, attraverso la pena, danni all'individuo (ai suoi diritti fondamentali) ed alla società sproporzionatamente maggiori dei vantaggi ottenuti (o da ottenere) da quest'ultima con la tutela dei beni e valori offesi dalle predette incriminazioni; ed il terzo principio di sussidiarietà del diritto penale (quest'ultimo considerato come *extrema ratio*) secondo il quale è legittimo ricorrere alla sanzione penale soltanto allorché gli altri rami dell'ordinamento non offrano adeguata tutela ai beni che s'intendono garantire. I predetti principi, benché collegati (ad es. la non legittimità dell'incriminazione di fatti lesivi di beni non costituzionalmente rilevanti equivale anche a ridurre l'ambito del penalmente rilevante, come sancito dal principio di sussidiarietà) sono fra loro autonomi, indipendenti (ad es., non basta che l'incriminazione attenga ad un bene costituzionalmente rilevante per totalmente adempiere al principio di sussidiarietà, giacché, ove gli altri rami siano in grado d'offrire adeguata tutela allo stesso bene, non è legittimo che quest'ultimo sia penalmente garantito, non essendo l'incriminazione del fatto lesivo del predetto bene *extrema ratio*). E quindi al § 4: “il legislatore non è sostanzialmente arbitro delle sue scelte criminalizzatrici ma deve, oltre che ancorare ogni previsione di reato ad una reale dannosità sociale, circoscrivere, per quanto possibile, tenuto conto del rango costituzionale della (con la pena sacrificata) libertà personale, l'ambito del penalmente rilevante ma è anche indubbio che le valutazioni, dalle quali dipende la riduzione del numero delle incriminazioni, attengono a considerazioni generali (sulla funzione dello Stato, sul sistema penale, sulle sanzioni penali) e particolari (sui danni sociali contingentemente provocati dalla stessa esistenza delle incriminazioni, dal concreto svolgimento dei processi e dal modo d'applicazione delle sanzioni penali) che, per loro natura, sono autenticamente ideologiche e politiche e, pertanto, non formalmente controllabili in questa sede. La non applicazione, da parte del legislatore ordinario, dei criteri informativi di politica criminale (quale quello di “sussidiarietà” del diritto penale) costituzionalmente sanciti, possono, infatti, essere censurati da questa Corte solo per violazione del criterio di ragionevolezza e per indebita compressione del diritto fondamentale di libertà costituzionalmente riconosciuto».

costituzionali pre-costituiti, in un canone scritto e predeterminato (un *numerus clausus*) rispetto alla storia, ma nella loro rispondenza assiologica e normativa a un complesso di regole-principi di rilevanza costituzionale⁴⁴.

E' una diversa declinazione del giuspositivismo che si afferma in questa conservazione del modello originario⁴⁵ (v. il § seg.).

Non nasce quindi una "concezione del bene giuridico costituzionalmente orientata", da identificarsi con l'offensività: è che la teoria del bene giuridico – come ogni concezione – deve essere costituzionalmente conforme, e quindi rispettare una serie di regole e principi. L'offensività, in senso stretto, è uno di tali principi, che si declina peraltro attraverso altri principi, oggi anche sovranazionali, che sempre conoscono un bilanciamento o un coordinamento⁴⁶. In realtà, per quanto complesso, esso *non potrebbe essere scomposto* nei principi del diritto penale del fatto, in quello di ragionevolezza o in quello di proporzione: tutti e tre questi principi, infatti, non restituiscono – se non *insieme* – il significato fondante dell'offensività, che presenta *un valore aggiunto sul piano argomentativo e politico-criminale*. La stessa *ultima ratio*, nella cui cultura minimalista s'inserisce l'offensività, presenta un significato più ampio, anche di politica criminale, conservando una chiara autonomia rispetto all'offensività.

5 - 5.1

OFFENSIVITÀ E PROPORZIONE. NATURA GIUSPOSITIVISTICA DELL'OFFENSIVITÀ A BASE COSTITUZIONALE ED ESPORTABILITÀ DEL MODELLO

Individuati beni penalmente ammissibili, comincia qui la distinzione tra principio di offensività e principio di proporzione. Il tema è tra i più insidiosi in materia di principi. La proporzione gode oggi di una reputazione molto sopravvalutata, perché è criterio praticamente cieco e relativistico, buono davvero per tutte le stagioni. Se fosse consolidata (almeno in astratto) la punibilità con la pena di morte (come in Cina), o anche con una pena comunque severissima e molto elevata, per il contrabbando di auto, per il traffico di stupefacenti ma anche per l'abigeato, oltre che per altri fatti davvero gravissimi, che cosa non sarebbe "proporzionato" a tali scelte di valore?

44. La prospettiva bricoliana mi pare così sostanzialmente conservata, e non "annacquata", ma anche preservata da critiche altrimenti difficilmente superabili: per una loro sintesi, da ultimo, A. PAGLIARO, *Il reato*, in C. F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO, a cura di, *Trattato di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2007, 29-31. Per un'attenta ed equilibrata valorizzazione della prospettiva di un'offensività costituzionalmente orientata, ma in un'accezione rivisitata rispetto alle impostazioni legate a un *numerus clausus* dei beni rilevanti, v. da sempre F. MANTOVANI, *Diritto penale*, parte gen.⁷, Cedam, Padova, 2011, 186 ss. (sin dalla prima ed. del 1979), nonché, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, I³, cit., 449-608. Più di recente, C.F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di diritto penale*, parte gen., cit., 55 ss. A livello di manualistica internazionale, il riconoscimento più significativo di un approccio costituzionalistico al bene giuridico, pur con diversità di accenti, si può trovare in C. ROXIN, *Strafrecht*, AT, Bd. I³, Beck, München, 2006, § 2/86-94; J. DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal*, Parte geral, Tomo I², Coimbra Editora, 2012, § 6/21 ss. (p. 117 ss.); S. MIR PUIG, *Derecho penal*, parte gen.⁸, Reppertor, Barcelona, 2006, § 3/50 ss. (p. 119 ss.), § 4/38 ss., (p. 161 ss.) (dove non compare tanto il termine Costituzione o costituzionale, però il contenuto dei parametri di legittimazione sono tutti di rilevanza costituzionale); A. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al derecho penal*⁴, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, 538 ss., 546 ss., con altri richiami opportuni; nella letteratura sudamericana, E.R. ZAFFARONI, A. ALAGIA, A. SLOKAR, *Derecho penal*, parte gen.², cit., 126 ss., 486 ss.; J. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal*, parte gen. *Principios y categorías dogmáticas*, cit., 249 ss., 274 ss., 279 ss., con altri richiami.

45. Che lo stesso modello costituzionalistico bricoliano fosse solo apparentemente un prodotto puro del giuspositivismo, abbiamo cercato di dimostrarlo in DONINI, *L'eredità di Bricola*, cit., § 2. Ciò valga come risposta alle diverse conclusioni, oggi, di E. BACIGALUPO, *Concepto de bien jurídico y límites del derecho penal*, in *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro Homenaje al prof. G. Jakobs en su 70 aniversario*, cit., 17 ss., 25. L'A. interpreta l'opera di Bricola come se fosse convertibile in un costituzionalismo che sancisce la tutela penale di sole norme: dato che, ad avviso dell'A. spagnolo, il vincolo positivistico costituzionale sarebbe un ancoraggio al puro fatto della costituzionalità dei beni (anche se di modesto significato), questo giuspositivismo coinciderebbe con la tutela di mere norme costituzionali, purché tali. Il lettore italiano sa che in questa lettura è contenuto un fraintendimento rilevante, dato che nella prospettiva di Bricola solo un fatto che realizzava la lesione (o la messa in pericolo concreto) di beni di *significativa* rilevanza costituzionale poteva essere oggetto di previsione penale. Il dato formale della Costituzione, dunque, non era certo sufficiente, e il successivo raccordo con il parametro di *raffronto con la libertà personale* toglieva ogni equivoco al riguardo.

46. Come osservato da F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità*, cit., 362: "la Corte ha dato prova di comprendere come qualunque valutazione del contenuto offensivo di qualunque reato non può esaurirsi nel riferimento esclusivo al bene giuridico assunto come riferimento. Poiché, in effetti, la costruzione legislativa di fattispecie è sempre il risultato di una considerazione e ponderazione anche di tutto un fascio di ulteriori interessi concorrenti o addirittura confliggenti con quello principale tutelato, è chiaro che la valutazione del contenuto di disvalore del reato tende necessariamente a dilatarsi dal bene giuridico verso gli scopi e gli obiettivi della scelta politica, la loro intrinseca logicità e quella del mezzo prescelto". In senso conforme, D. PULITANO, *Scienza della legislazione e controllo di legittimità di norme penali. L'esperienza italiana*, relazione svolta a Modena al Convegno svoltosi l'8-9 ottobre 2010 sul tema: "L'approccio costituzionale al diritto penale del XXI secolo: le esperienze italiana e spagnola a confronto" (dattiloscritto, p. 10).

Il discorso è dunque molto vasto e tocca direttamente sia il tema della proporzione e sia quello del bene giuridico. Quando nel dibattito internazionale, da Amelung in poi, varie letture sociologiche, o in seguito funzionaliste, o comunque scettiche circa la capacità “cognitiva” e poi selettiva del bene giuridico *penale*, hanno ricordato che anche lo stesso “catalogo” dei beni presenti in una Costituzione, in definitiva, ha bisogno di essere concretizzato storicamente e politicamente, sì che il sogno di vincolare la società a un testo precostituito alla sua storia non può essere fissato in un fotogramma, costituendo il film della sua evoluzione; quando si è preso atto che non esiste perciò la Costituzione-codice, dalla quale “dedurre” cioè il codice penale come verità rivelata e unica; quando ormai da parte di tutti si ammette che è possibile conservare al testo costituzionale un valore vincolante la scelta e la ridefinizione dei beni, senza per questo immaginare che la Corte costituzionale sia veramente arbitro sopra il Parlamento nella concretizzazione delle gerarchie tra beni e valori, si è ammesso che: a) l’approccio costituzionalistico rimane positivistico, e dunque differenziabile nella storia e anche nella geografia politica: esso rimane positivistico anche se l’ultima parola – come sempre! – non spetta alla legge scritta, ma alla norma che si ricava dalla disposizione, attraverso un processo di ermeneutica istituzionale: il diritto come norma, decisione e istituzione; 2) il criterio più “generale” possibile di confronto tra i beni tutelabili rimane quello della proporzione: ma perché non si riduca a un *passepartout*, la proporzione andrà non solo concretizzata sulla coerenza delle *scelte di ogni ordinamento*, ma anche sulla griglia di *altri principi* parigrado costituzionali o sovranazionali.

Queste due acquisizioni consentono di ribadire che si tratta di un *modello esportabile*, la cui *gestione* è tuttavia *differenziata*.

Emergono qui problemi di grande impatto che toccano qualsiasi ordinamento, ma un paio di precisazioni possono essere formulate da subito.

Poiché – a differenza del calcolo di una sanzione civile di risarcimento del danno – non sappiamo che cosa sia davvero proporzionato a un furto o a una rapina, dato che libertà e patrimonio non sono scientificamente misurabili e commisurabili “tra di loro”, domina il campo il *totale relativismo* delle opzioni⁴⁷. La proporzione, pertanto, non solo è relativa, ma è anche attratta da una logica strumentale: a seconda che si tratti di proporzione rispetto ai fini o ai valori, essa significa che il sacrificio di un bene è conforme a uno scopo, e dunque è “utile” per consolidarlo, o realizzarlo: *zweckmäßig*, utile⁴⁸.

La *proporzione* – possiamo così precisare – *non basta* a qualificare l’offensività, non può assorbirla in se stessa. Chi avesse pensato di ridurre tecnicamente l’offensività al rispetto del principio di proporzione avrebbe pertanto tradito il significato più intimo dell’offensività.

L’offensività, infatti, ha una dimensione assiologica che manca alla proporzione, la quale è del tutto relativa e utilitaristica⁴⁹.

Non si può sanzionare penalmente il divieto di parcheggio, neppure se si prevede una pena pecuniaria simbolica e non convertibile in pena limitativa della libertà. Non è penale. Non può essere “penale” quella violazione, anche se fosse proporzionata la sanzione⁵⁰.

47. *Amplius*, M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1162 ss.

48. *Amplius*, M. DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria* già in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 141 ss., poi in *Id.*, *Alla ricerca di un disegno*, cit., spec. 132 ss.

49. Cfr. in tal senso l’analisi della proporzione di H. ÁVILA, *Teoría de los principios* (trad. dalla 10ª ed. dell’originale portoghese), Marcial Pons, Madrid, 2011, 144 ss. V. comunque, per una rinnovata riflessione sui distinti aspetti del principio di proporzione (visto dal punto di vista del sistema sanzionatorio) in prospettiva europea, anche alla luce dell’art. 49, co. 3, della Carta europea dei diritti e dell’art. 83 TFUE, C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell’Unione europea dopo Lisbona*, in *Dir. pen. cont.*, 4 ottobre 2011, e in *questa Rivista*, 2012, 1, 111 ss.

50. Non è scontata questa affermazione. In una situazione di particolare carenza di parcheggi, di abuso dello spazio pubblico, di difficoltà nella circolazione viaria, sarebbe ipotizzabile l’introduzione di sanzioni di tipo penale, magari delegate all’inosservanza di ordini contingibili e urgenti di un’autorità amministrativa. Ma non si tratterebbe più, a quel punto, di tutelare la regolarità ordinata del traffico, ma lo stesso ordine pubblico della sicurezza della circolazione.

L'esempio dell'esposizione non autorizzata della bandiera estera⁵¹ costituisce attuazione implicita di questo riconoscimento e di questa distinzione.

Esiste pertanto un problema *assiologico* (di principio), prima che *utilitaristico* (di proporzione, di conformità dei mezzi ai fini).

Lo "stigma" penalistico, in ipotesi, potrebbe sempre "servire" a qualcosa, ma non è strumentalmente utilizzabile da parte del legislatore, se non entro alcuni limiti, non è riducibile a un "machiaavello", a un'astuzia della ragione strumentale. La distinzione tracciata da Coffee tra *prohibing* e *pricing*, quale spartiacque tra il penale e l'extrapenale, presenta qui un significato paradigmatico⁵², ancorché non risolutivo.

Questi limiti, però, attendono ancora un lungo lavoro di costruzione da parte dell'interprete. Riprenderemo il tema della proporzione penalistica più avanti (§ 8).

6 - 6.1

DALLA GERMANIA ALL'ITALIA,
DALLE CATEGORIE AI PRINCIPI.
CARATTERISTICHE
DELL'APPROCCIO
COSTITUZIONALISTICO ITALIANO
ALL'OFFENSIVITÀ

In Germania, dopo la sentenza della Corte costituzionale tedesca che ha legittimato il reato di incesto (BVerfGE 120, 224)⁵³, sostenendo fra l'altro che la teoria del bene giuridico, le sue possibili concezioni, non offrono parametri contenutistici che possano essere "recepiti" a livello costituzionale, in quanto è semmai la Costituzione a fissare limiti al legislatore, solo oggi i penalisti tedeschi cominciano a chiedersi *veramente* se il tema del bene giuridico abbia un ancoraggio di tipo costituzionale⁵⁴, con un passaggio dal diritto penale delle categorie (il bene giuridico) a quello dei principi (l'offensività, in lingua italiana)⁵⁵.

In una diversa chiave di lettura, addirittura ci si chiede se non sia il caso di puntare direttamente su una prospettiva costituzionalistica per la delimitazione dell'area punibile, senza insistere con l'utilizzo di concettualismi categoriali come il bene giuridico che, sgan- ciati da vincoli superiori, non possono produrre delimitazioni praticabili in concreto⁵⁶.

51. Corte cost., 21-25 maggio 1987, n. 189, in *Giur. cost.*, 1987, 1375 ss., spec. 1383, cit.

52. V. il richiamo a nota 2, *retro*.

53. Tale sentenza del 26 febbraio 2008, decisa con la *dissenting opinion* di Winfried Hassemer, è pubblicata in italiano in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 2091 ss., con nota di G. DODARO, *La Corte costituzionale tedesca e l'incesto tra fratelli maggiorenni tra divieti culturali universali, incertezze della scienza e pretese dei diritti*, *ivi*, 2115 ss. Sul tema v. pure i commenti critici di E.R. BELFIORE, *Le Corti costituzionali italiana e tedesca a confronto: i principi di ragionevolezza e Verhältnismäßigkeit in materia penale*, in *Scritti in memoria di G. Marini*, Esi, Napoli, 2010, p. 46 ss. e di A. NISCO, "Principio di proporzionalità" ed eclissi del bene giuridico in una recente sentenza della Corte costituzionale tedesca in materia di incesto, in *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, a cura di D. Fondaroli, Cedam, Padova, 2008, 147 ss., 170 ss. Per le successive vicende della decisione tedesca nel giudizio (di rigetto) avanti la Corte EDU, cfr. ancora A. NISCO, *L'incesto innanzi alla Corte Europea dei Diritti dell'uomo. Margine di apprezzamento e controllo delle norme penali*, in *Dir. pen. cont.*, 18 ottobre 2012, e in *questa Rivista*, 2012, 3-4, 70 ss.

54. In termini il riconoscimento – senza nessuna citazione dal dibattito italiano, per altro noto in Germania grazie a varie traduzioni – di una discussione ormai attuale in Germania, anche dopo la sentenza della Corte costituzionale tedesca sulla legittimità costituzionale del reato di incesto, sulla questione "ob die Rechtsgutstheorie verfassungsrechtlich anschlussfähig ist, bzw. anschlussfähig gemacht werden kann", W. WOHLERS, *Die Güterschutztheorie Birnbaums und ihre Bedeutung für die heutige Rechtsgutstheorie*, cit., 606. Sul tema sono apparse alcune rilevanti monografie di orientamento costituzionalista nella letteratura tedesca degli anni '90: I. APPEL, *Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, cit. (peraltro con posizione di rifiuto rispetto alla teoria del bene giuridico: *ivi*, 357 ss., 381 ss.); G. STÄCHELIN, *Strafgesetzbuch in Verfassungsstaat*, Duncker & Humblot, Berlin, 1991; O. LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Prinzipien*, Mohr, Tübingen, 1996 (con svolgimenti critici al bene giuridico nel senso di una sostituzione del paradigma del bene con quello dei diritti fondamentali quali fondamento e limite del diritto penale). V. altresì K. TIEDEMANN, *Verfassungsrecht und Strafrecht*, C.F. Müller, Heidelberg, 1991; W. WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts. Zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdelikte*, Duncker & Humblot, Berlin, 2000.

55. Sull'ancoraggio costituzionale della teoria del bene giuridico, ma anche a favore dell'idea che la sua concezione critica fornirebbe acquisizioni rilevanti per la stessa dimensione costituzionale della tutela penale, v. in particolare C. ROXIN, *Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte*, cit., 581 ss.; ID., *The Legislation Critical Concept of Goods-in-law under Scrutiny*, in *EuCLR*, 1/2013, 3 ss., 19 ss. Veramente è del 1970 l'articolo fondamentale di H.-J. RUDOLPH, *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs*, in *Fest. Honig*, Schwartz, Göttingen, 1970, 151 ss., che contiene una chiara indicazione costituzionalistica per il tema del bene giuridico (e che si trova citato anche da Bricola nella TGR), e quindi la *Habilitationschrift* di Rolf-Peter Calliess, poi pubblicata col titolo R.-P. CALLIESS, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat. Ein Beitrag zur strafrechtsdogmatischen Grundlagendiskussion*, Fischer, Frankfurt a.M. 1973, dove era contenuta una ricostruzione in chiave di teoria sistemica e funzionalista del diritto penale come "diritto costituzionale concretizzato" (*ivi*, 15 ss., 27 ss., e testualmente p. 94). Un intero capitolo era dedicato al tema "Diritto penale come tutela di beni giuridici" (*ivi*, 122-154), dove il bene giuridico diviene "concetto centrale del diritto penale". V. pure il più recente saggio efficacissimo e iperparantista, sempre di CALLIESS, *Strafzwecke und Strafrecht*, in *NJW*, 1989, 1338 ss. Però, pur con queste rilevanti anticipazioni, dobbiamo attendere l'inizio degli anni '90 per una ripresa del dibattito (v. i già citati lavori di Tiedemann, Appel, Lagodny *etc.*) e per l'appunto, anche grazie a Roxin, una forte tematizzazione della tematica costituzionalista a livello di parte generale. Si tratta comunque tutt'oggi di posizioni largamente di minoranza.

56. Per questa conclusione del tutto scettica sulle capacità delimitative delle varie "concezioni" o "definizioni" del bene giuridico, e a favore di una delimitazione della tutela penale su basi strettamente costituzionalistiche, da sviluppare in futuro, v. il brillante scritto di C.-F. STUCKENBERG, *Grundrechtsdogmatik*

Queste attuali riflessioni dei penalisti tedeschi sono in Italia oggetto di dibattito, e altresì di acquisizione istituzionale, da quasi mezzo secolo, ma il fatto che vi sia una attuale “ri-scoperta” dell’approccio costituzionalistico a livello internazionale ne contrassegna il valore altrettanto generale, e non circoscritto al provincialismo del testo di una, o di “ciascuna”, Carta costituzionale nazionale, separatamente considerata⁵⁷.

6.2

Il tratto più caratteristico di una *lettura forte, post-bricoliana*, dell’approccio costituzionalistico *nel suo complesso* è stato quello di ravvisare nel patto costituzionale *il fondamento*, anziché il mero limite, dell’intervento penale: esso conterrebbe il “volto costituzionale” dell’illecito penale, il *know-how* del modello costituzionale di illecito penale e della relativa risposta sanzionatoria, capace di differenziarlo in termini essenziali dall’illecito amministrativo (per es. pericolo concreto o astratto-concreto *vs.* mera inosservanza di cautele e autorizzazioni di pericolo presunto, natura preventivo-disciplinare dell’illecito *etc.*) e da quello civile (centralità del disvalore d’azione, della colpevolezza e della offesa di un bene nel primo, e del danno nel secondo).

6.3

La lettura tradizionale, peraltro, ha visto nei principi costituzionali *solo un limite* alla libertà fondamentale del Parlamento nella costruzione della responsabilità penale, come se la Costituzione fosse una sorta di filo spinato che recinta piccoli spazi d’indisponibilità legislativa, con una ben più forte relativizzazione e storicizzazione di confini tra i vari modelli d’illecito giuridico: nulla è penale “in sé”, *tutto è politica*. Il Leviatano è ancora molto forte e decide lo stato di eccezione. Se non fosse tutto politica, si teme, esisterebbe comunque una politica superiore, a base costituzionale, gestita dalla magistratura, da un supercontrollo della Corte costituzionale o persino dalle manipolazioni ermeneutiche della magistratura ordinaria, delegata senza controlli a un’interpretazione conforme da diritto libero, non solo *in bonam partem*.

Teoria prescrittiva quella “forte”, però bisognosa di *self-restraint* nella gestione del proprio modello, comunque sottoposto a un vincolo irrinunciabile di legalità; teoria assai più descrittiva e aperta alla gestione politica della materia penale la seconda lettura qui definita “debole”⁵⁸.

statt Rechtsgutslehre. Bemerkungen zum Verhältnis von Strafe und Staat, in GA, 2011, 653 ss., spec. 656 ss. La via “maestra” di un approccio strettamente ancorato ai diritti fondamentali e alla Costituzione, anziché alla categoria del *Rechtsgut*, era già presente nei lavori di Appel e Lagodny cit. a nota 54. Nello stesso tempo, non mancano scetticismi ben più profondi verso lo stesso orientamento costituzionalistico in generale, anche da parte di nuove generazioni di studiosi di formazione germanica. Si afferma, per es. (L. GRECO, *Verfassungskonformes oder legitimes Strafrecht? Zu den Grenzen einer verfassungsrechtlichen Orientierung der Strafrechtswissenschaft*, in B. BRUNHÖBER, K. HÖFFLER, J. KASPAR, T. REINBACHER, M. VORMBAUM (Hrsg.), *Strafrecht und Verfassung*, Nomos, Baden-Baden, 2012, 13 ss., spec. 35 s.), che la Costituzione sarebbe cieca rispetto a taluni principi fondamentali del diritto penale, che la fiducia in essa, quale ancoraggio del diritto penale, presenterebbe dunque altrettanti pericoli come illusioni di maggiore scientificità (si ricorda che Bricola avrebbe addirittura pensato di fondare sulla Costituzione l’illegittimità di tutti i reati di pericolo astratto, oltre che – ma questo non è esatto e frutto di fraintendimento – la scelta tra bipartizione e tripartizione nella sistematica del reato: *Op.ult.cit.*, 17, nota 22), e che infine non potrebbe sottrarsi al limite del provincialismo, in quanto nulla si potrebbe guadagnare dalle profonde differenze esistenti nelle Carte fondamentali di Italia, Giappone, Taiwan, Argentina, Brasile *etc.* Meglio allora, in questa visione, la tradizionale scienza penale tedesca quale prodotto culturale di esportazione mondiale, proprio grazie alla sua [reale?] autonomia da vincoli positivo-nazionali, al suo universalismo (*ibidem*, 35 s.). Per una riflessione aggiornata sull’esportazione attuale dell’approccio costituzionalistico nella giurisprudenza europea, cfr. M. DONINI, *L’eredità di Bricola*, cit., 18 ss., 28 ss. (§ 8 e 10), di cui si riprendono qui in sintesi alcuni sviluppi nel successivo § 6. Di qualche interesse può anche essere il fatto che in tutt’altro contesto, come quello sudamericano e in particolare colombiano, altre Corti costituzionali abbiano sviluppato un approccio costituzionalistico al diritto penale e anche al bene giuridico che di fatto ricalca da vicino il modello italiano. V. sul punto D. RESTREPO, *Genesi e sviluppo del concetto di bene giuridico in un “diritto penale colonizzato”: il caso colombiano*, in *Indice pen.*, 2011, 383 ss., spec. 405 ss., 419 ss., 426 ss. Sui limiti dell’esportazione internazionale di modelli apparentemente giusrazionalistici v. pure J. P. MATUS ACUÑA, *Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos*, in Id., *Derecho penal, criminología y política criminal en el cambio de siglo*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2011, 311 ss.

57. Non sono mancate, da tempo e progressivamente, ficcanti critiche (intensificate via via) alla timidezza della Corte costituzionale tedesca nel vaglio relativo alla legittimità delle incriminazioni, del principio di proporzione e, in fondo, di quella che per noi è l’offensività: già K. TIEDEMANN, *Verfassungssrecht und Strafrecht*, cit., 50 ss.; più recentemente B. SCHÜNEMANN, *Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen grenzender Straftatbestände und ihrer Interpretation*, cit., 142 ss., e da ultimo S. SWOBODA, *Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen*, cit., spec. 46 ss.

58. Illustrazione compiuta del significato di una lettura forte e di una debole nell’approccio costituzionalistico penale in M. DONINI, *Principi costituzionali e sistema penale*, cit., 421-434.

6.4

L'intollerabilità che i padri (costituenti) possano fermare la storia e vincolare il futuro oltre un certo limite ha reso necessaria una storicizzazione dello stesso modello forte. Se prescindiamo dalle prime stagioni di "esaltazione costituzionale"⁵⁹ stile-anni Settanta, nessuno sosterebbe che da un testo scritto nel 1947 sia possibile e doveroso dedurre, oggi, un intero codice penale, una sorta di Costituzione-codice, capace di contenere le scelte fondamentali in materia penale⁶⁰. Piuttosto, è possibile sostenere che l'attuazione della Costituzione sia così storicizzata, da implicare che il codice penale attuale, e costituzionalmente conforme, sia l'espressione del diritto penale costituzionale vigente in un certo momento storico, una sorta di codice-Costituzione. Il codice, com'è stato detto nella tradizione costituzionalistica spagnola, sarebbe una "Costituzione in negativo", un negativo costituzionale⁶¹, secondo un rapporto dialettico stringente, ma non unidirezionale (non di mera deduzione dal testo fondamentale) tra legge ordinaria "costituzionalizzante" il sistema, e fonte superiore. Affinché questa idea non si riduca però a costituzionalizzare... l'esistente, decostruendo continuamente il testo fondamentale al mutare delle esigenze storiche, e al fine di conservare alla Carta fondamentale, invece, un vincolo pre-legislativo permanente, è possibile attualizzare alcune acquisizioni generali che contrassegnano il modello forte, che è oggi comunque assai più relativo e storicistico rispetto alle ideazioni originarie degli anni Settanta.

6.5

L'ancoraggio positivo dell'offensività al diritto penale del fatto (art. 25 cpv. Cost.), al raffronto con il sacrificio della libertà personale (art. 3, co. 1 e 13, Cost.), all'idea stessa di un *modello costituzionale d'illecito penale* in termini di legalità, riserva di legge, tipicità, divieto di analogia, responsabilità per fatto proprio, colpevolezza, finalità rieducativa *etc.* (v. il complesso dei caratteri dell'illecito penale secondo la Costituzione), rappresentano attualmente acquisizioni irrinunciabili del patrimonio collettivo della cultura penalistica italiana che dovrebbero essere più conosciute all'estero, proprio oggi che l'eredità contemporanea di quell'approccio si sta giocando a livello di fonti e Corti europee⁶². È dunque dallo stesso modello costituzionale d'illecito penale che discendono vincoli a una attuazione dei tratti dell'illecito che più supportano l'offensività.

59. L'espressione è di F. PALAZZO, *Valori costituzionali e diritto penale (un contributo comparatistico allo studio del tema)*, cit., p. 545.

60. Per la critica a questa idea v. anche quanto osservato in M. DONINI, *La riforma del codice penale tra politica e cultura giuridica*, in *Questione giust.*, 2004, 492 s.

61. Cfr. ancora la definizione recepita nella "Exposición de Motivos" del codice penale spagnolo del 1995: «Si se ha llegado a definir el Ordenamiento jurídico como conjunto de normas que regulan el uso de la fuerza, puede entenderse fácilmente la importancia del Código Penal en cualquier sociedad civilizada. El Código Penal define los delitos y faltas que constituyen los presupuestos de la aplicación de la forma suprema que puede revestir el poder coactivo del Estado: la pena criminal. En consecuencia, ocupa un lugar preeminente en el conjunto del Ordenamiento, hasta el punto de que, no sin razón, se ha considerado como una especie de Constitución negativa. El Código Penal ha de tutelar los valores y principios básicos de la convivencia social. Cuando esos valores y principios cambian, debe también cambiar. En nuestro país, sin embargo, pese a las profundas modificaciones de orden social, económico y político, el texto vigente data, en lo que pudiera considerarse su núcleo básico, del passavo siglo. La necesidad de su reforma no puede, pues, discutirse». Sul punto v. J. TERRADILLOS BASOCO, *La Constitución penal. Los derechos de la libertad*, in J. R. CAPELLA, a cura di, *Las sombras del sistema constitucional español*, Trotta, Madrid, 2003, 355 s. F. MORALES PRATS, *L'offensività nel diritto penale spagnolo*, in AA.VV. *Verso un codice penale modello per l'Europa*, a cura di A. Cadoppi, cit., 85 ss. dà atto dell'utilizzo contraddittorio del criterio del bene giuridico da parte della Corte Costituzionale, sia per restringere che per ampliare l'intervento penale. Riguardo alla ricezione in Spagna del principio di offensività v. anche A. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al derecho penal*³, cit., 538 ss. e, nel quadro di una concezione dell'offensività quale "limite" costituzionale alle scelte di criminalizzazione, L. ARROYO ZAPATERO, *Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución*, in *Rev. Jur. de Castilla-La Mancha*, n. 1, 1987, 100 ss.; M. COBO DEL ROSAL, T.S. VIVES ANTON, *Derecho penal*, parte gen.³, Tirant lo blanch, Valencia, 1990, 247 ss.; E. OCTAVIO DE TOLEDO, *Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*, in *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1990, 5 ss.; J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Principio de ofensividad, aplicación del derecho y reforma penal*, in *Poder Judicial*, 1992, 7 ss., 32 ss.; F. MUÑOZ CONDE, *Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del derecho penal*, in *Libro Homenaje a Valle Muñiz*, Aranzadi, Navarra, 2001, 561 ss.; J. ÁLVAREZ GARCÍA, *Bien jurídico y Constitución*, in *Cuadernos de Política Criminal*, 1991, 5 ss.; J.C. CARBONELL MATEU, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Tirant lo blanch, Valencia, 1995 (1999³), 27 ss., 77 ss.; G. QUINTERO OLIVARES, *Parte general del derecho penal*², con la colaboración de F. MORALES PRATS, Thomson, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, 64 ss., 264 ss.

62. V. al riguardo M. DONINI, *L'eredità di Bricola*, cit., 1 ss.; ID., *Principi costituzionali e sistema penale. Modello e programma*, cit., 421 ss. Un'ampia riflessione a tutto campo sulla realizzazione europea del diritto penale costituzionale in A. BERNARDI, *La costituzionalizzazione del diritto penale europeo*, in corso di stampa.

6.6

Un altro tratto molto *italiano* fa dell'offensività una grandezza di tipo oggettivo. Parrebbe che la stessa Costituzione supporti una concezione oggettivistica dell'illecito e dell'offesa, appunto⁶³. Oggi, però, quasi nessuno crede davvero a questa idea, che risente di una nozione storicamente datata dell'illecito, più che della responsabilità penale. Poiché è incostituzionale una responsabilità penale senza colpevolezza, l'illecito stesso non può essere oggettivo, dovendosi conformare dall'inizio a una soggettivizzazione della responsabilità: solo un illecito *civile* può essere oggettivo, laddove un illecito penalmente oggettivo – cioè senza colpa o senza dolo – non sarebbe suscettibile di implicare nessuna conseguenza penalmente rilevante perché altrimenti incostituzionale (“*nullum crimen, nulla poena sine culpa*”), e dunque solo con l'aggiunta di una componente soggettivo-umanistica può diventare davvero “antigiuridico” e penalmente tipico *ad un tempo*⁶⁴. L'offesa come componente oggettiva dell'illecito, allora, riguarda solo i tratti dell'elemento oggettivo del fatto illecito (l'evento-offesa e le modalità offensive della condotta, il nesso di rischio tra condotta e risultato), ma non esclude certo, e anzi implica, tutta la componente soggettiva dell'illecito che già “precede” la causalità perché conforma la condotta causante (il dolo e la colpa *come* “azione”), oltre a richiedere poi, *altresì*, la colpevolezza per il fatto. Vero, peraltro, che quando si parla di offesa del bene, la componente soggettiva dell'illecito non vi è tradizionalmente contenuta, supponendo (erroneamente) che il bene sia leso o messo in pericolo a prescindere da dolo o colpa. L'offesa oggettiva di cui si discute è in realtà solo una componente dell'illecito (*Unrecht, injusto, wrong, torto*), non potendo certo esaurirlo in termini penalistici.

6.7

L'aspetto più controverso e irrisolto dell'offensività non riguarda la sua delimitazione ai beni di rilevanza costituzionale: infatti, se tali beni sono *impliciti* rispetto a quelli di espressa rilevanza costituzionale, il loro catalogo è necessariamente “aperto”. Se, invece, sono beni dal volto costituzionale più espressamente delineato, si tratta di vedere se la scelta del legislatore storico non possa in parte ridefinire situazioni più aggiornate rispetto all'idea del costituente: c'è sempre un problema di storicizzazione inevitabile. L'aspetto oggi più controverso, piuttosto, riguarda le stesse pre-condizioni dell'offensività, i limiti all'impiego d'incriminazioni più arretrate dello stesso pericolo astratto-presunto – come gli illeciti di rischio o basati sulla mera precauzione, sul superamento di limiti-soglia *etc.*⁶⁵ – ovvero fattispecie di pericolo astratto che non diano spazio alla prova dell'inoffensività in concreto o a forme di esclusione della responsabilità per esiguità, che non consentano condotte riparatorie perché nulla vi è da “riparare” se non una violazione, *etc.*, così imponendo che la cifra vera dell'incriminazione sia costruita sull'inosservanza di un precetto,

63. V. per tutti la classica ricostruzione di F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., 50 ss. (dove si preferisce la locuzione “illecito di modalità di lesione” a quella di “illecito personale”, dato che dolo e colpa rimangono momenti della colpevolezza per Bricola, dovendosi grazie ad essi limitare la responsabilità e non costruirla su elementi interiori); ID., *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in M. DE ACUTIS, G. PALOMBARINI, a cura di, *Funzioni e limiti del diritto penale*, Cedam, Padova 1984, 3 ss., spec. 43 ss. Come poi potesse ritenersi “fondata” da elementi solo oggettivi la responsabilità *penale*, rimane un interrogativo ineso che ancora oggi risuona nei ricordi dei dialoghi con il mio Maestro. Forse si pensava di poter separare illecito penale da responsabilità penale. Ma un illecito penale oggettivo che illecito è? Dai tempi di un famoso rescritto di Adriano, in *maleficiis voluntas spectatur, non exitus*. E il “danno fatto alla nazione”, nonostante Beccaria, non può essere l'unica misura del delitto.

64. Cfr. M. DONINI, *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una “nuova” dogmatica, o solo una critica per il diritto penale moderno?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, spec. 1654 s., nota 13 e 1658 s., con i necessari richiami anche comparati.

65. Quanto agli illeciti “di rischio”, cfr. C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Giuffrè, Milano, 2004, 534 ss., 554 ss.; ID., *Attività produttive, decisioni in stato di incertezza e diritto penale*, in *Sicurezza e diritto penale*, a cura di M. Donini, M. Pavarini, BUP, Bologna, 2011, spec. 359 ss. Sul diritto penale dei limiti-soglia, F. STELLA, *Giustizia e modernità*³, Giuffrè, Milano, 2003, 528 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Il diritto penale dei limiti-soglia e la tutela dai pericoli nel settore alimentare: il caso della diossina*, in *Scritti per Federico Stella*, Napoli, 2007, 1133 ss., spec. 1180 ss.; ID., *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2012, 45 ss., 265 ss. Sull'uso giurisprudenziale di logiche ispirate al principio di precauzione, D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale*, Aracne, Roma, 2012, 94 ss., 132 ss.; A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, Tomo II, *Reati di comune pericolo mediante frode*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, Giuffrè, Milano, 2013, 374 ss. Più in generale su questi *trends* contemporanei – legislativi, teorici e pratici – tra pericolo e rischio, M. DONINI, *Reati di pericolo e salute pubblica*, cit.; C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Giuffrè, Milano, 2010, 4 ss., 168 ss., 371 ss., 606 ss., 671-674; E. CORN, *Il principio di precauzione nel diritto penale*, *Studio sui limiti dell'anticipazione della tutela penale*, Giappichelli, Torino, 2013, 38 ss. Sul tema v. anche più in generale gli Atti del Convegno di Modena, 3-5 novembre 2011 in AA.Vv., *La sicurezza agroalimentare nella prospettiva europea*, cit.

più che sulla lesione di un interesse: trasformando il paradigma della tutela di beni in forme di tutela ad essa alternative e costruite più sull'irregolarità, o sul disvalore soggettivo di azione, di intenzione, d'autore *etc.* Il giudizio *politico* su tali limiti è ciò che rende spesso non facilmente giustiziabile il principio (v. *retro*, § 4): dalla punibilità dell'incesto a quella delle sperimentazioni sull'embrione, dall'incriminazione di certe forme di negazionismo alla tutela penale dei "sentimenti", dalla criminalizzazione del mero possesso di materiale (pedo)pornografico, stupefacente *etc.*, a quella degli accordi criminosi distanti dalla stessa programmazione di un determinato delitto-scopo: precondizioni che lasciano intravedere l'obiettivo di colpire figure d'autore: il terrorista, il pedofilo, il neonazista; oppure condotte immorali. Si tratta di forme regressive della tutela che la anticipano a situazioni che l'idea dell'offensività pensava di avere lasciato alle spalle delle sue pre-condizioni (*retro*, § 2.3, 3.1). Se la tutela rischia di non essere più neppure di beni, ma di "garanzie periferiche" alla tutela di possibili beni, è chiaro che l'offensività è messa in crisi: non è neppure più in gioco la sua realizzazione.

7 - 7.1

ESPERIENZE (PIÙ O MENO)
RECENTI. BICAMERALE (1997),
PROGETTI DI
RIFORMA DEL CODICE (PAGLIARO,
GROSSO, NORDIO, PISAPIA),
CODICE PENALE
SPAGNOLO (1995), ATTUAZIONE
(CON D. LGS. N. 121/2011) DELLA
DIRETTIVA
EUROPEA SUI REATI AMBIENTALI,
LEGGE-QUADRO 24 DICEMBRE
2012, N. 234

Nel novembre 1997 la Commissione bicamerale del Parlamento italiano approvava un Progetto preliminare di revisione della Costituzione che, fra l'altro, all'art. 129 contemplava alcune "norme sulla giurisdizione" che, in tutti e quattro i commi, in realtà, toccavano direttamente il diritto penale sostanziale. Il primo comma dell'art. 129 («le norme penali tutelano beni di rilevanza costituzionale») mirava a tradurre in regola costituzionale la tesi principale della teoria del reato di Bricola. Il secondo comma («non è punibile chi ha commesso un fatto previsto come reato nel caso in cui esso non abbia determinato una concreta offensività»), sembrava completare il disegno bricoliano, esigendo anche nella realizzazione concreta della fattispecie di reato solo offese di danno o di pericolo concreto. Tutto si sarebbe dovuto poi applicare *cum grano salis* e in forza di varie mediazioni tecniche. Però le scelte erano chiare.

I lavori della Bicamerale non si conclusero positivamente in Parlamento (per ragioni che nulla avevano a che vedere con l'art. 129 in particolare), e la revisione non venne mai approvata definitivamente. È interessante notare, al riguardo, che la dottrina italiana, con poche eccezioni, non mostrò nessun entusiasmo per questo progetto, in quanto le tesi fondamentali di Bricola, al riguardo, erano ormai state accettate solo in quanto declassate a *principi di politica criminale, giuridicamente non vincolanti*: e questo perché non si voleva che diventassero vincolanti, per lasciare più campo libero alla politica criminale di sperimentare incriminazioni di pericolo astratto e a tutela di beni non riconducibili direttamente ai beni costituzionali⁶⁶.

7.2

Un segno di questa posizione prevalente si registra nelle successive redazioni di progetti di riforma del codice penale – via via: *Progetto Grosso* (2001), art. 2.2: applicazione della legge penale solo in caso di offesa del bene giuridico⁶⁷; *Progetto Nordio* (2005): art. 7 sull'«offensività» del reato, con applicazione della norma solo se si sia verifica-

66. Cfr. sull'intero progetto, in senso sostanzialmente favorevole almeno rispetto ai commi 1, 2 e 4 (il co. 3 prevedeva un inesigibile divieto d'interpretazione estensiva), M. DONINI, *L'art. 129 del progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997*, cit., spec. 126 ss. (e in ID., *Alla ricerca di un disegno*, cit., 68 ss.); N. MAZZACUVA, *Intervento al dibattito su "Giustizia penale e riforma costituzionale nel testo approvato dalla Commissione bicamerale"*, in *Critica del dir.*, 1998, 155 ss.; A. CASTALDO, *Welches Strafrecht für das neue Jahrtausend?*, in *Fest. Roxin, de Gruyter*, Berlin-New York, 2001, 1104 ss. Chi scrive ha sempre criticato l'assolutezza del vincolo parlamentare a un supposto *numerus clausus* di beni costituzionali. Nondimeno, non era per ragioni affettive soltanto che si è ritenuto di aderire alla formulazione dei beni di rilevanza costituzionale. L'esposizione che precede (§ 4.5) potrà forse chiarire ancor meglio il senso di questo convincimento, supportando anche le (eventualmente diverse) posizioni di chi ha continuato a ritenere di accettare quella formulazione.

67. Consultabile in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 661.

to un danno o pericolo per l'interesse «specificamente protetto»⁶⁸. In questi progetti successivi all'esperienza della Bicamerale non si è andati molto oltre quanto aveva già previsto il *Progetto Pagliaro* (1992) all'art. 4.1 dello *Schema di legge delega*, tra i principi di codificazione, cioè «il principio che la norma sia interpretata in modo da limitare la punibilità ai fatti offensivi del bene giuridico»⁶⁹.

Solo il *Progetto Pisapia* (2007), ha stabilito all'art. 2.1 *sub* a) e b) che nessuno sia punito per un fatto che non offenda “beni giuridici di rilevanza costituzionale” e che non offenda “in concreto” i beni protetti, così richiamandosi esplicitamente al dettato della Bicamerale⁷⁰. In ogni caso saremmo a livello di legge ordinaria, dove il principio di offensività e il richiamo a beni di rilevanza costituzionale come oggetto di tutela (nel solo Progetto Pisapia) è scritto tra le regole-principio generali del codice: norme sempre derogabili, evidentemente, ma con significato comunque “generale” e prescrittivo, tali da esprimere lo statuto giuridico e quindi il “livello” ordinario della parte speciale del codice, almeno, una volta redatto: ciò che si rivela coerente con l'abolizione delle contravvenzioni prevista da quel Progetto. Sennonché, la stessa parte speciale degli ultimi tre progetti, come noto, non è arrivata neppure alla fase della compiuta redazione o approvazione.

7.3

Chi almeno in apparenza ha preso sul serio l'idea di una legislazione penale codicistica ancorata a beni di rilevanza costituzionale, con illeciti costruiti su forme di offesa tendenzialmente di lesione o di pericolo concreto, è stato il legislatore spagnolo⁷¹.

L'ordinamento spagnolo è tradizionalmente privo di una significativa legislazione penale complementare. Ciò si spiega per la tradizionale parentela delle leggi speciali con discipline “eccezionali” e giurisdizioni “speciali”, abusate nel periodo franchista. Anche la riserva di “ley orgánica” posta in materia penale dalla Costituzione spagnola del 1978 (art. 81.2), non ha nulla a che vedere con l'esigenza – postulata per es. dall'art. 129, comma 4, del già richiamato progetto di revisione della Costituzione italiana predisposto dalla Commissione Bicamerale per le riforme costituzionali – di leggi extravaganti concepite come organizzazione coerente, organica ed esaustiva della materia regolata («Nuove norme penali sono ammesse solo se modificano il codice penale ovvero se contenute in leggi disciplinanti organicamente l'intera materia cui si riferiscono»⁷²). L'organicità delle leggi penali spagnole, invece, è di tipo procedurale (e non concerne tutta la materia penale) ed è collegata al *quorum* della maggioranza assoluta del Congresso, con votazione finale sul progetto nel suo insieme: sia esso “organico”, oppure no, sul piano contenutistico⁷³.

7.4

Come più volte rilevato, se in apparenza la legislazione spagnola può sembrare “minimalista”, al confronto con quelle tedesca, francese, portoghese e italiana, così piene di leggi speciali, non si può dire che la “centralità del codice” sia stata realizzata senza costi: la possibilità di inserire in poche norme i reati contro l'ordine economico, quelli societari, tributari, contro la proprietà intellettuale e industriale, contro la sicurezza

68. Consultabile in *Cass. Pen.*, 2005, 252.

69. Pubblicato in *Documenti giustizia*, 1992, 3, 335.

70. V. il testo relativo in *Quale riforma del codice penale? Riflessioni sui Progetti Nordio e Pisapia*, a cura di C. Fiore, S. Moccia, A. Cavaliere, ESI, Napoli, 2009, 656, e sul tema M. N. MASULLO, *Aspettando l'offensività. Prove di scrittura del principio nelle proposte di riforma del codice penale*, in *Cass. Pen.*, 2005, 1772 ss.

71. V. anche richiami alla nota 61 *retro*.

72. Così l'art. 129.4 del Progetto della Bicamerale, peraltro ripreso a livello di legge ordinaria anche dai Progetti di riforma del codice penale, Grosso (2000), Nordio (2005) e Pisapia (2007), quale regola da introdurre almeno a livello di disciplina legislativa “generale”.

73. Per una valutazione simpatetica della disciplina spagnola, cfr. L. FOFFANI, *Codice penale e legislazione complementare: da un modello “policentrico” a un modello “piramidale”*, in AA.VV., *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, a cura di M. Donini, Giuffrè, Milano, 2003, 304 s.

sociale, il territorio, l'ambiente, in materia di mercato, tutela dei consumatori e dei diritti dei lavoratori, ecc., paga un forte dazio all'uso largo di una tecnica legislativa ricca di *elementi normativi indeterminati e norme in bianco, o con molteplici rinvii tecnici a violazioni extrapenali*. Si è così osservato, in altro studio, che «l'alternativa alla moltiplicazione tassativa di precetti penali, in una società complessa che intende effettivamente disciplinare materie specialistiche, non è costituita dall'eliminazione di quei precetti, ma dal loro nascondimento in fonti subordinate o extrapenali, richiamate con la tecnica dell'elemento normativo, della norma in bianco, o del rinvio. L'operazione del codice penale spagnolo, pertanto, non è il risultato di una politica criminale ridotta quanto al numero dei "precetti": essi sono soltanto più celati»⁷⁴.

Non solo. Molti reati che in apparenza parrebbero contemplare eventi di pericolo concreto rispetto a beni collettivi (per es. in materia di integrità dell'ambiente, di sicurezza del lavoro, degli alimenti *etc.*), sono di fatto svuotati dalla giurisprudenza e vengono trasformati in delitti di pericolo astratto⁷⁵.

Insomma. Anche un ordinamento che potrebbe sembrare avere preso assai più sul serio il progetto di poche norme, costruite soprattutto su delitti di lesione o di pericolo rispetto a beni di rilevanza costituzionale, sconta una "decodificazione" originaria o ermeneutica nel segno della dipendenza della tipicità da fonti extrapenali e sublegislative, e dell'offensività da reinterpretazioni in chiave di pericolo astratto. Anche l'estensione dell'area penalmente rilevante non pare più ridotta per il minor numero delle incriminazioni: è simile, e risulta solo più generica la previsione codicistica rispetto a molte e dettagliate incriminazioni extrapenali.

7.5

Se dal modello spagnolo passiamo ai *paradigmi europei di costruzione dei reati ambientali*, anche qui l'esperienza più recente evidenzia un atteggiamento di mancata ricezione *italiana* delle indicazioni provenienti da un "modello bricoliano" di tutela penale⁷⁶, peraltro di fatto recepito a livello di legislazione-modello *europea*.

Con la direttiva 2008/99/CE e con la direttiva 2009/123/CE in materia ambientale⁷⁷ il Parlamento europeo e il Consiglio della Comunità Europea, hanno prefigurato un diritto penale in materia di tutela dell'ambiente costruito su una declinazione legislativa forte dell'offensività: si prospettavano, infatti, *macro-delitti aventi come oggetto giuridico e oggetto materiale, ad un tempo, l'ambiente o la qualità dell'aria, delle acque e del suo*

74. M. DONINI, *La riforma della legislazione penale complementare*, cit., 193-197. V. pure la discussione internazionale sul raffronto tra modello codicistico spagnolo e modelli ricchi di leggi penali speciali, negli Atti del Convegno di Modena del 2001 sul tema, in AA.VV., *Modelli ed esperienze di riforma della legislazione penale complementare*, a cura di M. Donini, Giuffrè, Milano, 2003.

75. Per la dimostrazione sia consentito il rinvio a M. DONINI, *Modelli di illecito penale minore. Un contributo alla riforma dei reati di pericolo contro la salute pubblica*, in *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, a cura di M. Donini, D. Castronuovo, Cedam, Padova, 2007, 227-235 e 270-282, con i necessari riferimenti normativi e dottrinali.

76. V. del resto, proprio al tempo della sua *Teoria generale del reato*, le proposte dello stesso F. BRICOLA, *Aspetti penalistici degli inquinamenti*, in *Riv. di diritto agrario*, 1973, 573 ss., spec. 604 ss., che ipotizzava *de lege ferenda* offese di pericolo concreto, e delitti di danno, oltre a beni intermedi (ma ritenuti di rilevanza costituzionale) come quello della purezza delle acque *etc.* (pur ammettendo, nel settore, anche la necessità di fattispecie-ostacolo che sarebbero state di pericolo astratto).

77. Direttive che sono state il prodotto della famigerata (e non solo famosa), in punto di principio di legalità e di divisione dei poteri, decisione 13 settembre 2005 della CGCE, in C-176/03, e della successiva, "gemella" decisione CGCE 23 ottobre 2007, in C-440/05, che decretavano "per sentenza" la competenza penale dell'Unione europea con strumenti del primo pilastro (efficacia giuridica diretta quanto a precetti e sanzioni), fondandola su esigenze di "lotta alla criminalità" ambientale (il «diritto penale di lotta» fonda nuove competenze penali), prima che venisse sancita dal Trattato di Lisbona nel 2009 secondo criteri di maggiore tassatività *legale*. Per una sintesi efficace di queste vicende legislative, prima di Lisbona, cfr. G. MANNOZZI, F. CONSULICH, *La sentenza della Corte di Giustizia C-176-03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 899 ss., 909 ss.; L. SIRACUSA, *La tutela comunitaria in ambito penale al banco di prova: la direttiva europea sulla tutela penale dell'ambiente*, *ibidem*, 2009, 869 ss.; e dopo il Trattato di Lisbona: A. BERNARDI, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quad. cost.*, 2009, 40 ss.; nonché, in relazione al tema delle tecniche di tutela dell'ambiente, poco prima del d. lgs. 121/2011: A. GARGANI, *La protezione immediata dell'ambiente*, cit., 403 ss. Sull'attuazione, e sulla mancata attuazione delle cennate direttive ad opera del d. lgs. 121/2011, v. l'ampia analisi di C. RUGA RIVA, *Il decreto legislativo di recepimento delle direttive comunitarie sulla tutela penale dell'ambiente*, in *Dir. pen. cont.*, 8 agosto 2011. altresì, in più ampio contesto argomentativo, G.M. VAGLIASINDI, *Obblighi di penalizzazione di fonte europea e principi di politica criminale: le indicazioni promananti dalla materia ambientale*, in AA.VV., *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo*, cit., 133 ss.

lo, ovvero anche la salute umana, quali punti di riferimento di condotte concretamente pericolose o lesive di tali beni. Fattispecie di particolare gravità e di pericolo concreto o di danno, punibili solo in caso di condotte intenzionali o commesse per colpa grave, da aggiungersi o affiancarsi a quelle “minori” (di pericolo astratto-presunto, con superamento di limiti-soglia di punibilità, inosservanza di autorizzazioni etc.) tradizionalmente presenti nei sistemi penali europei.

Si prevedeva, altresì, l'introduzione della responsabilità delle persone giuridiche per tali reati.

7.6

Come noto, il *legislatore nazionale*, con d. lgs. 7 luglio 2011, n. 121, pur ben sapendo che in pratica non esistevano delitti in materia ambientale nel codice né fuori di esso, si è limitato a introdurre un paio di contravvenzioni in materia di uccisione o distruzione di specie animali o di habitat, estendendo peraltro la responsabilità da reato delle persone giuridiche (d. lgs. 231/2001, art. 25-*undecies*) in ordine ai principali reati ambientali già vigenti, che però sono quasi tutti solo contravvenzioni. Si è data attuazione in senso “minimalista” alla direttiva, ritenendo che in Italia siano da tempo già puniti penalmente fatti meno gravi dei reati ipotizzati dal legislatore europeo, e che nella repressione di tali fatti sia già adeguatamente possibile, in concreto, la reazione punitiva rispetto a manifestazioni più gravi come quelle previste dalla direttiva.

7.7

Ma le manifestazioni più gravi sono perseguibili in Italia, oggi, solo al prezzo di un'operazione di analogia interpretativa *in malam partem*. E' infatti un *paradosso* che, anziché costruire per legge delitti maggiori in questo settore, lo si lasci fare alla giurisprudenza, che estende analogicamente il vigente art. 434 c.p., tipizzato per la repressione di disastri a base violenta, quali i reati ambientali *non* sono⁷⁸, così costruendo con sentenza il delitto di “disastro ambientale”⁷⁹. Viceversa, per evitare temuti eccessi definitivi del potere giudiziario in caso di collegamento dell'offesa con macro-beni superindividuali, alcune norme di recepimento delle direttive europee avrebbero ben potuto meglio definire gli eventi lesivi in termini di maggiore determinatezza⁸⁰.

Emergono così in Europa paradigmi che sembrano memori dell'approccio costituzionalistico italiano⁸¹, ma in Italia non vengono recepiti, nonostante che non fosse richiesto di *sostituire* le leggi speciali (le più dettagliate contravvenzioni) con questi macro-delitti, bastando almeno *aggiungere* i delitti alle contravvenzioni, magari riducendo e riorganizzando queste ultime secondo modelli di tutela meno formalistici⁸².

78. Su tale vicenda, in sintesi, v. ancora A. GARGANI, *La protezione immediata dell'ambiente*, cit., 419 ss.

79. E' noto che la stessa Corte costituzionale ha “salvato” quell'interpretazione analogica del disastro ambientale desunto dal disastro innominato («un altro disastro») ex art. 434 c.p., pur raccomandando al legislatore di tipizzare i reati di disastro, anziché lasciare che lo faccia la giurisprudenza (v. Corte cost., 1 agosto 2008, n. 327, e sulla vicenda N. CECCHINI, *Attribuzione causale e imputazione colposa di un disastro*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, 282 ss.). Come già osservato in precedente occasione, qui la Corte ha abdicato al suo ruolo garantista: è come avere in diritto penale l'art. 2043 c.c., una clausola generale aperta sui possibili “danni” risarcibili. Per una proposta di definizione *legislativa* del reato di disastro sanitario (distinto da quelli a base “violenta” dei reati contro l'incolumità pubblica), v. il *Progetto 2010 di riforma dei reati in materia di sicurezza alimentare*, cioè Schema di disegno di legge recante: “*Disposizioni in materia di sicurezza alimentare*”, contenente un Progetto di riforma del Titolo VI del libro II del codice penale, pubblicato in *Cass. Pen.*, 2010, p. 4457 ss., e sul punto spec. 4475 s., nonché M. DONINI, *Modelli di illecito penale minore*, cit., 324 ss. A mio avviso, un disastro sanitario *non* è implicito nella realizzazione dei vigenti delitti nominati contro la salute pubblica, ad eccezione di quelli di *epidemia* e di *avvelenamento* (per questo non richiamati). In senso diversamente orientato pare A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, Tomo II, *Reati di comune pericolo mediante frode*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, Giuffrè, Milano, 2013, 174 ss. che segue una nozione più ampia di disastro sanitario già *de lege lata*.

80. Sui profili d'illegittimità, comunitaria per violazione delle direttive, e costituzionale, per violazione dell'obbligo comunitario di cui all'attuale art. 117, co. 1, Cost., cfr. C. RUGA RIVA, *Il decreto legislativo di recepimento*, cit., 16; A. MANNA, *La “nuova” legislazione penale in tema di tutela dell'ambiente tra illegittimità comunitaria ed illegittimità costituzionale*, in *Arch. Pen.*, 2011, 759 ss.

81. Per una successiva, significativa proposta di immissione di maggiore “costituzionalismo penale” nella politica criminale europea cfr. il *Manifesto sulla politica criminale europea*, in *Zeitschrift f. die internationale Strafrechtsdogmatik* (ZIS), 2009, 539 ss., anche in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1262 ss. e quindi la Comunicazione COM (2011) 573, 20 settembre 2011, intitolata “*Verso una politica criminale europea: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione europea attraverso il diritto penale*”: un volto umano e orientato ai diritti fondamentali, per legittimare meglio la “lotta” mediante il diritto penale.

82. V. già, le proposte dello stesso F. BRICOLA, *Aspetti penalistici degli inquinamenti*, cit., 604 ss.

Un'altra vicenda paradigmatica è rappresentata dalla legge-quadro 24 dicembre 2012, n. 234, che all'art. 32, intitolato "Principi e criteri direttivi generali per l'attuazione del diritto dell'Unione europea", prevede testualmente alla lett. d): "al di fuori dei casi previsti dalle norme penali vigenti, ove necessario per assicurare l'osservanza delle disposizioni contenute nei decreti legislativi, sono previste sanzioni amministrative e penali per le infrazioni alle disposizioni dei decreti stessi. Le sanzioni penali, nei limiti, rispettivamente, dell'ammenda fino a 150.000 euro e dell'arresto fino a tre anni, sono previste, in via alternativa o congiunta, *solo nei casi in cui le infrazioni ledano o espongano a pericolo interessi costituzionalmente protetti*. In tali casi sono previste: la pena dell'ammenda alternativa all'arresto per le infrazioni che espongano a pericolo o danneggino l'interesse protetto; la pena dell'arresto congiunta a quella dell'ammenda per le infrazioni che rechino un danno di particolare gravità. Nelle predette ipotesi, in luogo dell'arresto e dell'ammenda, possono essere previste anche le sanzioni alternative di cui agli articoli 53 e seguenti del decreto legislativo n. 28 agosto 2000, n. 274, e la relativa competenza del giudice di pace. La sanzione amministrativa del pagamento di una somma non inferiore a 150 euro e non superiore a 150.000 euro è prevista per le infrazioni che ledono o espongono a pericolo interessi diversi da quelli indicati dalla presente lettera".

Anche questa recente vicenda è davvero paradossale. Nel momento in cui si disciplina in generale con legge-quadro il "paradigma" comune dell'attuazione nazionale delle nuove leggi penali dell'Unione Europea, vale a dire quelle che oggi saranno introdotte anche attraverso il sistema più immediato della *direttiva* ai sensi e per le materie di cui all'art. 83 TFUE, si è optato per il modello contravvenzionale di illecito, ma nello stesso tempo ci si è addirittura affidati al programma bricoliano degli "interessi costituzionalmente protetti" proprio rispetto a una categoria che di solito li ha sempre trascurati. La legge-quadro in oggetto, invero, presenta aspetti di grande interesse in termini d'introduzione di strumenti di *democrazia penale* e di attuazione della *riserva di legge in senso sostanziale*⁸³, mediante meccanismi di significativa controllabilità della motivazione e della decisione penalistica europea da parte del legislatore nazionale, e di riflesso da parte dell'opinione pubblica⁸⁴. Nello stesso tempo, l'opzione "ordinariamente" contravvenzionale adottata si pone oggi in posizione disarmonica con le indicazioni dell'art. 83 TFUE (*infra*, § 9), che presentano, rispetto all'ipotesi ordinaria di legislazione penale mediante direttive nei settori "nominati" (art. 83.1) una gravità incompatibile con la costruzione d'illeciti bagatellari. Piuttosto, è rispetto al comma 2 dell'art. 83 (*infra*, § 9), riguardante le materie già "armonizzate" a livello di legislazione europea extrapenale, che si potrebbe porre qualche spinta a interventi di tipo strettamente preventivo, per la costruzione di reati di prevenzione, che sono quelli che più sollevano conflitti con una realizzazione forte dell'offensività. Ma si tratta, al riguardo, di un programma che è ancora tutto da redigere e le opzioni per un intervento penalistico più diretto da parte dell'UE sembrano oggi più decise – come si è visto – verso modelli di illecito "maggiore" anche in settori come quelli più tradizionalmente attratti dalla prevenzione, come l'ambiente.

Il "lungo cammino" del principio di offensività⁸⁵, e dell'approccio costituzionalistico, quindi, non finisce certo qui. È, ancora una volta, dall'Europa che possono venire oggi nuovi impulsi, a fronte di una stasi o di un riflusso nazionale.

83. V., al riguardo, M. DONINI, *Il volto attuale*, cit., 83 ss.

84. Ampiamente C. GRANDI, *Processo decisionale europeo e democrazia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 12 giugno 2013, e in *questa Rivista*, 2013, 2, 1 ss., 43 ss. V. altresì, sul tema, ma molto criticamente per un'asserita diminuzione di democraticità, C. CUPELLI, *Il Parlamento europeo e i limiti di una codecisione in materia penale, tra modelli della democrazia e crisi della riserva di legge*, in *Criminalia*, 2012, 535 ss., spec. 548 ss.

85. Cfr. G. NEPPI MODONA, *Il lungo cammino del principio di offensività*, cit., 89 ss.

8 - 8.1

CONCRETIZZAZIONI POST-
COSTITUZIONALI SUL NESSO
ILLECITO/SANZIONE.
PENE (SOSTANZIALMENTE) NON
CRIMINALI, E SANZIONI (SOLO)
SOSTANZIALMENTE
CRIMINALI

Nella scelta tra i beni, ovviamente, le fonti superiori alla legge sono di orientamento doveroso per il legislatore penale. Questo programma è stato promosso dall'indirizzo politico-giuridico dei beni di significativa rilevanza costituzionale.

Il paradigma costituzionale dei beni penalmente rilevanti è una stella polare per il legislatore, ma solo se la Costituzione presenta certe caratteristiche e viene interpretata in modo evolutivo e sistematico, come del resto ogni disposizione e ogni norma giuridica.

Eliminati alcuni beni come immeritevoli in sé, e scelta una ricostruzione degli interessi secondo il volto attuale della Carta fondamentale e delle fonti sovranazionali vincolanti, la questione prioritaria, in realtà, rimane quella del *nesso tra illecito e sanzione*.

In lingua spagnola diremmo che è il tema non dell'*ilícito* (*hecho antijurídico*), ma del *injusto*, l'offesa come torto.

8.2

Occorre chiedersi in primo luogo se esistano sanzioni che per la loro mancanza di serietà non possono essere penali, pur inerendo a precetti che sono *Kulturnormen*.

In questi termini, la questione non mi risulta che sia stata affrontata in modo chiaro nel dibattito più recente, dovendosi risalire alle dispute sul diritto penale-amministrativo, sulle trasgressioni di polizia o sulla depenalizzazione per trovare risposte o indicazioni. È lì che si troveranno le radici "illuministiche" per l'abolizione delle contravvenzioni, ad esempio.

Il principio di offensività *non impone* solo crimini, non esige sanzioni gravi, in effetti, perché è possibile applicare la sanzione penale a fatti di modesta (ma non inesistente) lesività. Sarà un problema di *ragionevolezza* vagliare se, rispettate comunque le garanzie del penale, quel fatto possa rimanere tale.

Nella cultura penalistica italiana il penale è sempre stato sinonimo di rischio della libertà: ciò che non avviene in altri contesti, dove anche un illecito amministrativo può avere conseguenze che limitano la libertà personale⁸⁶. Ma il discorso è un po' teorico: oggi che la pena criminale è così decarcerizzata per moltissimi fatti, mentre esistono sanzioni amministrative di enorme impatto ed entità economica, tali da compromettere la vita delle persone, l'*argumentum libertatis* ha perso il vigore che lo contrassegnava in passato.

Se si prevedono certe sanzioni simboliche – v. per es. quelle della legislazione del 2006 che ha riformato i delitti contro la religione e i delitti di attentato – siamo ancora in presenza di un fatto penale? Spacciarlo per tale per ragioni "simbolico-espressive", oppure al fine di accrescere le "garanzie" del sistema penale-criminale può valere, in un giudizio di bilanciamento, per salvare la legittimità dell'opzione, ma essa resta una scelta *patologica*. È questo, come noto, il problema di varie contravvenzioni.

Occorre perciò rispondere alla domanda: quando accade che una mera "multa", o un'ammenda, non possa essere qualificata penale perché irrisoria?

E una risposta deve essere trovata, almeno per esempi paradigmatici e non solo "in linea di principio". Sennò tutto è politica e la parola stessa che evoca una pretesa "scienza penale", o scienza della legislazione, si svuota nel *nonsense*, come nel teatro dell'assurdo. Per questo motivo ci siamo espressi, in altra occasione, nel senso che pur esistendo una teoria del reato di carattere scientifico, non altrettanto può dirsi della teoria della pena (e della qualificazione penalistica dei fatti), ancora troppo poco affrancata da scelte *meramente* politiche⁸⁷.

86. La *materia penale* elaborata dalla Corte Edu si è spesso confrontata con situazioni europee dove le sanzioni amministrative presentavano una (ritenuta) assimilabilità allo statuto penale: con estensione dello statuto penale *degli illeciti* a quelle forme di responsabilità, in ragione delle tipologie sanzionatorie concrete.

87. M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena*, cit., §§ 1.1, 2.4, 2.5.

8.3

Non meno rilevante, e anzi frequentata da una copiosa *giurisprudenza europea*, appare però la situazione contraria: quando una determinata sanzione deve essere qualificata come “penale” anche *contro le scelte dichiarate e diverse del legislatore*. E’ questo un discorso che si colloca tra la politica giudiziaria e la scienza della legislazione, il cui significato di garantismo dei principi, paradossalmente, è stato attuato più dalle grandi Corti che non dagli studiosi, avvinti dal loro giuspositivismo agnostico.

Il discorso sulla sanzione intrinsecamente punitiva-penale si confonde oggi, fino a quasi coincidere, col tema della “*materia penale*” affrontato da tempo dalle Corti europee con una giurisprudenza che, abbandonati parametri relativi alla natura o struttura dell’illecito, e richiamandosi al contenuto e allo scopo della sanzione, non sempre appare persuasiva in concreto. Posto il quesito su quando una sanzione, sia essa una sanzione amministrativa, una misura di sicurezza, o una pena privata, una sanzione formalmente civilistica, comunque sia stata qualificata da una legislazione, debba ritenersi così afflittiva o “punitiva”, da ammettersi il suo carattere “*intrinsecamente penale*”, al di là di ogni truffa delle etichette, le soluzioni accolte sono molto varie⁸⁸: il potere definitorio della giurisprudenza, al riguardo, appare ambiguo, politicamente segnato (v. la vicenda delle misure di prevenzione, sempre “salvate” da uno statuto penale di garanzie per “ovvia” ragion di Stato) e molto discrezionale, perché *nessuno* è in grado di tracciare una linea netta e definitiva, una volta che si sia abbandonato il parametro del sacrificio della libertà personale. Avendo finalità generalpreventive sia la sanzione civile, sia quella amministrativa e sia quella penale, così come comune a sanzione penale e amministrativa è la funzione-finalità specialpreventiva; dovendo tutte rispondere a parametri di proporzione, ma essendo spesso assai gravose (ben più di quelle penali) sia le sanzioni civili e sia quelle amministrative, la possibilità di ravvisare un contenuto afflittivo nella sanzione extrapenale sono enormi: risultano dunque possibili solo indicazioni paradigmatiche, *per exempla*, soluzioni casistiche che mirano all’attuazione del *principio garantistico* che assicura l’intervento giurisdizionale in caso di violazione dei diritti umani per *abuso legislativo* (art. 7 CEDU) nella definizione formale degli illeciti (e irrogazione delle relative conseguenze). Mai come in questi casi ci appare insuperabile, anche se non davvero soddisfacente, l’approccio stile *case-law* da parte della Corte Edu.

8.4

Il problema della proporzione *penalistica* si definisce a questo punto: se la sanzione è intrinsecamente penale, ad essa *dovrebbe corrispondere un “illecito” congruente (in termini di offensività e colpevolezza)*.

Ma non è vero il contrario: sul versante dell’illecito, infatti, fatte alcune debite eccezioni (un genocidio non può che restare un crimine, finché esiste il diritto penale), in vari casi è più difficile postulare in un fatto lesivo una gravità tale da imporre *necessariamente* una pena di tipo criminale.

Questo tema si sovrappone, oggi, al problema degli *obblighi di criminalizzazione*, che non possiamo ora approfondire⁸⁹. Essi si inquadrano nel perimetro del principio di

88. Analisi critica in P. VAN DIJK, F. VAN HOOF, A. VAN RIJN, L. ZWAAK, *Theory and Practice of the European Convention of the Human Rights*⁴, Intersentia, Antwerpen, Oxford, New York, 2006, 543 ss., 552; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2006, 56 ss.; F. CONSULICH, “*Materia penale* e tutela dei beni giuridici nello spazio unitario europeo”, in Riv. trim. dir. pen. econ., 2006, 65 ss.; F. MAZZACUVA, *L’interpretazione evolutiva del nullum crimen nella recente giurisprudenza di Strasburgo*, in AA.VV., *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, a cura di V. Manes e V. Zagrebelsky 413 ss. Ampia disamina della giurisprudenza della Corte Edu in V. MANES, Art. 7/1, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, a cura di S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, Cedam, Padova, 2011, § II; e in precedenza A. BERNARDI, Art. 7, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, Cedam, Padova, 2001, 249 ss., 259 ss.

89. V. sul punto l’insuperata trattazione della posizione più garantista, soprattutto rispetto agli obblighi c.d. impliciti di incriminazione, di G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, I³, cit., 501-516, e a livello monografico, C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, ETS, Pisa, 2009. In una prospettiva diversa, di recente, nel segno di una forte adesione al paradigma del diritto penale “buono” a tutela dei diritti fondamentali (in precedenza, v. P. PATRONO, *Diritto penale economico e interessi umani fondamentali*, cit., 64 ss., 75 ss.), in particolare quello di creazione giudiziaria (anche *in malam partem*), che avverrebbe nel segno “democratico” della riserva di giurisdizione,

tutela dei beni o di difesa sociale, ma non in quello di offensività⁹⁰. Basti qui osservare che in assenza di obbligo *giuridico* di criminalizzazione situato in qualche fonte sovraordinata, l'obbligo *giuridico* di tutela dei diritti fondamentali non contiene implicazioni vincolanti sui mezzi di protezione, diversi dai requisiti di efficacia e da esigenze di eguaglianza nel trattamento *rebus sic stantibus*. È un problema di proporzione o, meglio, di relatività nel confronto tra le opzioni esistenti e quelle future. Qualsiasi obbligo formale d'incriminazione parrebbe – se preso sul serio – postulare l'obbligatorietà di tutto il penale “più grave” già esistente. Ma ciò potrebbe valere forse solo in un'ottica di puro retribuzionismo, mentre le incriminazioni, ferma una scala sanzionatoria di gravità proporzionata, si fondano su esigenze politiche di *ultima ratio* preventiva, che non governa la commisurazione, ma l'opzione criminalizzatrice sì. Ognuno vede allora dunque quanto sia debole quel tipo di indicazione “obbligante”. Chi non riconoscerebbe che un inadempimento civile può essere incommensurabilmente più grave e foriero di miserevoli conseguenze rispetto a una violazione di sigilli, o a una cessione di stupefacente, senza per questo diventare reato? La *frammentarietà* politica dell'intervento penale ci viene in soccorso in queste operazioni astratte: nessuna criminalizzazione a tappeto è mai doverosa, ma solo quelle politicamente necessarie (non per “tutelare” i morti, o la loro memoria e vendetta, ma) per l'*ultima ratio*. Solo in questo senso possono esistere “obblighi” (contingenti) di criminalizzazione, diversi da quelli che siano stabiliti da fonti superiori alla legge ordinaria, anch'essi da sottoporre comunque al *principio di sussidiarietà*, al quale anche quello di offensività e quello di tutela dei beni restano *subordinati*.

9 - 9.1

UN CONTRIBUTO DALL'EUROPA ALL'OFFENSIVITÀ: A) ONERE DI MOTIVAZIONE SU PROPORZIONE E SUSSIDIARIETÀ; B) CATALOGO DEI REATI DELL'ART. 83 TFUE. IL CARATTERE NAZIONALE, PIÙ CHE EUROPEO, DEI MODELLI D'ILLECITO PENALE MINORE

La distinzione tra “penale” e “amministrativo” è meramente formale (e dunque *quantitativa*, politica e per di più tecnico-giuridica) solo *de lege lata* e limitatamente alle aree periferiche della penalità, non a quelle *nucleari*⁹¹.

Il principio di offensività, che ha natura non descrittiva, ma prescrittiva, più limitatrice che non legittimista, impone che quella distinzione si fondi a livello legislativo su criteri di opzione penale individuati, su soglie qualitative o anche quantitative, su parametri di costruzione dei fatti, delle modalità di offesa *etc.* che siano *motivabili*, che spieghino le ragioni sostanziali della sussidiarietà, e con ciò anche il rispetto della dimensione della riserva di legge in senso sostanziale⁹².

quale garanzia che i principi siano sottratti alla disponibilità da parte delle maggioranze parlamentari, F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in Studi M. Romano, Jovene, Napoli, vol., II, 2645 ss.; Id., *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in AA.VV., *La Convenzione europea*, cit., 243 ss., spec. 293 ss.; ma specialmente (sull'interventismo giurisprudenziale) Id., *Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TEDH*, in S. MIR PUIG, M. CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2012, 312 ss., 326 s. Gli argomenti svolti, e soprattutto alcuni esempi, fanno riflettere. Potremmo essere tutti d'accordo, se la posta in gioco fosse l'introduzione legislativa del delitto di tortura, grande assente dai delitti nominati del codice penale italiano, e la sua concreta persecuzione penale anche a seguito di opportune riforme (che non siano solo questione di *nomen iuris*). Però l'aspetto più problematico della *transitional justice*, qui direttamente coinvolta, è un altro: quando ad essere “vincitori” non sono dittatori o regimi politici, ma giudiziari, che riscrivono la temporalità del diritto “vigente”. Con specifico riferimento all'uso giurisprudenziale di logiche di obblighi impliciti di criminalizzazione nella gestione del passato e delle transizioni politiche (prescrizioni e amnistie disapplicate, uso retroattivo di norme incriminatrici, disapplicazione retroattiva di scriminanti, “accertamenti” sommari di consuetudini internazionali, *etc.*) v. ora l'ampio e istruttivo quadro critico contenuto in G. FORNASARI, *Giustizia di transizione e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2013, *passim* (e 197 ss. sugli obblighi di incriminazione in particolare). La *diversa* prospettiva del diritto penale dell'UE (e i suoi obblighi di criminalizzazione) coincide ormai col tema del diritto penale dell'UE dopo Lisbona: cfr. comunque C. SOTIS, *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2002, 171 ss., 203 ss.; R. SICURELLA, “Eppur si muove!”, alla ricerca di un nuovo equilibrio nella dialettica tra legislatore comunitario e legislatore nazionale per la tutela degli interessi dell'Unione europea, in AA.VV., *Per un rilancio del Progetto europeo*, a cura di G. Grasso e R. Sicurella, Giuffrè, Milano, 2008, spec. 232 ss.; G. DE VERO, *Limiti di vincolatività in ambito penale degli obblighi comunitari di tutela*, *ivi*, 285 ss.; G.M. VAGLIASINDI, *Obblighi di penalizzazione di fonte europea e principi di politica criminale*, cit., 150 ss., 164 ss.; e ampiamente G. SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2011, 235 ss., 300 ss. (cap. VI). V. anche sul punto il § seg.

90. Per una sovrapposizione delle due distinte prospettive, a commento della giurisprudenza delle Corti europee, cfr. G. DE VERO, G. PANEBIANCO, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*, Giappichelli, Torino, 2007, 28 ss., 95 ss.

91. Distinzione di principio, difficile da concretizzare nei casi difficili, ma di sostanziale capacità illustrativa generica. Riferimenti essenziali al dibattito tedesco classico, molto istruttivo, nei termini di cui al testo, in J. BOHNERT, *Einleitung* in K. BOUJONG (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*², Beck, München, 2000, Rdn. 50 ss., 82 ss.

92. *Amplius*, M. DONINI, *Il volto attuale*, cit., 86 ss., 281 ss.

Se, pertanto, l'esistenza d'*illeciti penali minori* con lesività para-amministrativa (le contravvenzioni), anziché para-penalistica (delitti minori), è un sacrificio al principio di offensività, ciò dovrà essere vagliato all'esito di un bilanciamento tra valori e principi, quelli della possibilità di tutele alternative efficaci, dell'impossibilità tecnica, politica o amministrativa di una protezione extrapenale in un determinato ordinamento *etc.*, suscettibile in casi-limite di controllo costituzionale. Un contributo rilevante per rendere praticabile e comprensibile tale controllo viene dall'Europa.

9.2

La concretizzazione dell'offensività in forme pregnanti appare oggi *più facile in sede europea che nazionale*: è cioè più agevole selezionare reati così gravi, per tipologia di offesa e forma di colpevolezza, da apparire di rilevanza "sovranzionale" e "transnazionale", ovvero "federale", rispetto a reati di marcatura solo nazionale, legati a una qualche *politique politicienne* o anche solo più contingente.

Che importa se in francesi hanno le *contraventions* e gli italiani le contravvenzioni, mentre i tedeschi e i portoghesi hanno rispettivamente le *Ordnungswidrigkeiten* o le *contra-ordenações*? Che si gestiscano queste differenze in ambito "nazional-provinciale". A livello europeo conterranno la sostanza dell'illecito e la sostanza della sanzione: che dovrà esser tale da supportare la gravidanza di un intervento di tipo "transnazionale".

Importante, al riguardo, è il rispetto dell'onere di motivazione che le leggi penali di origine europea dovranno rispettare. Questo, almeno, è un tracciato di possibile sviluppo razionale delle competenze.

I primi due protocolli al Trattato dell'Unione (TUE), rispettivamente "sul ruolo dei parlamenti nazionali nell'Unione europea" e "sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità" (art. 5 TUE) supportano oggi una declinazione significativa dei controlli nazionali sulla motivazione delle normative europee, anche in relazione al principio di sussidiarietà della legislazione europea. La legge-quadro n. 234 del 2012 ha concretizzato in modo rilevante questi strumenti⁹³, approntando regole di declinazione della democrazia penale anche in ambito penale.

D'altro canto, le materie oggetto di legislazione penale mediante direttiva sono circoscritte a un elenco tassativo, e a una clausola di apertura più generale, all'articolo 83 del TFUE (agli effetti dell'articolo 31 del TUE), che dispone:

1. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni.

Dette sfere di criminalità sono le seguenti: terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata.

In funzione dell'evoluzione della criminalità, il Consiglio può adottare una decisione che individua altre sfere di criminalità che rispondono ai criteri di cui al presente paragrafo. Esso delibera all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo.

2. Allorché il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione, norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nel settore in questione possono essere stabilite tramite direttive. Tali direttive sono adottate secondo la stessa

93. Diffusamente, al riguardo, C. GRANDI, *Processo decisionale europeo e democrazia penale*, cit., 11 ss.

procedura legislativa ordinaria o speciale utilizzata per l'adozione delle misure di armonizzazione in questione, fatto salvo l'articolo 76.

Rinviando ai commenti più consolidati al riguardo⁹⁴, possiamo ricordare che la competenza penale europea "indiretta", o "accessoria", così introdotta dalle direttive, potrà finalmente esplicitarsi a livello della costruzione di veri "precetti penali" nella loro originaria concezione, mentre in passato i precetti nascevano spesso "di diritto pubblico", con affidamento agli Stati della scelta sanzionatoria ritenuta più adeguata. La nascita di veri precetti penali – cioè costruiti *ab origine* per essere muniti di sanzione criminale, e dunque strutturalmente presidiati da garanzie costruttive proprie di un modello d'illecito penale –, pur lasciando agli Stati-membri la scelta sanzionatoria concreta, anche se sicuramente di tipo criminale, non potrà che imporre un'opzione di gravità intrinseca degli illeciti: non solo nelle materie nominate, o ad esse assimilate per analogia (83.1), ma anche in quelle delimitate dalla previa armonizzazione extrapenale. La nascita e la diffusione europea di una cultura politico-criminale orientata ai migliori principi di una tradizione ispirata a *ultima ratio* e proporzione, pur nella prudenza che nella nostra materia è doveroso conservare, permette qualche timido ottimismo al riguardo.

9.3

Molti di noi, compreso chi scrive, hanno guardato con scetticismo a un'Europa che ci induceva a produrre più penale, mentre in realtà essa chiedeva soprattutto protezione per certi beni. Tuttavia la scelta, fino a pochissimo tempo fa, era davvero nazionale: gli Stati potevano, se in grado di farlo, decidere di approntare tutele efficaci, ma extrapenali. Solo adesso che è sorta una competenza europea nella costruzione di obblighi di tutela penale per gli Stati, vediamo che sarà più agevole che la politica criminale europea si legittimi attraverso illeciti "maggiori", vicini a un modello costituzionale, meglio di quanto avverrebbe se si pretendesse la penalizzazione di illeciti minori o più formali.

Mentre la parte prima dell'art. 83, dedicata alla competenza penale ordinaria (83.1) attiene a campi d'intervento e a sfere di criminalità di significativa rilevanza penalistica, probabilmente solo le materie di cui al punto 2 dell'art. 83 sono suscettibili di un intervento penalistico più legato a logiche preventive, trattandosi di settori che sono già stati oggetti di misure di armonizzazione e che richiedono l'*indispensabilità* di una politica efficace dell'Unione. Ma nei casi ordinari, che attengono alle sfere di criminalità nominate o altre analoghe per gravità, siamo nell'ambito sicuro di delitti maggiori, a struttura non amministrativo-contravvenzionale.

Questo *non significa che il modello sia il delitto di evento*: molti reati di matrice europea, infatti, in materia finanziaria, di corruzione, di pedopornografia, di terrorismo *etc.*, sono illeciti di pericolo o di condotta (salvo reinterpretare le condotte come eventi). Non si tratta, peraltro, di fattispecie d'inosservanza di regole preventivo-cautelari, per intenderci, pur ponendosi *talora in conflitto con il principio di offensività* là dove appaiono avvicinarsi alla repressione di forme di diritto penale d'autore, più che del fatto.

9.4

Paradigmatica di un'armonizzazione europea in campi del diritto penale "complementare", al riguardo, la recente vicenda dell'adeguamento dell'Italia alla direttiva europea in materia di reati ambientali, di cui abbiamo già trattato. La costruzione di un

94. G. GRASSO, *La "competenza penale" dell'Unione europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, in AA.Vv., *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo*, cit., 683 ss., spec. 694 ss., 706 ss.; A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, in *Dir. pen. cont.*, 27 ottobre 2011, e in *questa Rivista*, n. 1/2012, 43 ss., spec. 51 ss.; C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in CP, 2010, 326 ss.; C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Giuffrè, Milano, 2010, spec. 122 ss. V. pure V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, Roma, spec. 106 ss. Con specifico riferimento al problema dell'offensività nelle prospettive future del diritto penale europeo, v. l'ampio inquadramento di G. SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale*, cit., 13 ss., 71 ss., 430 ss.

diritto penale “codicistico” in questo e in altri settori, potrebbe essere il risultato di un impegno europeo al riguardo. Il problema è che queste modellistiche, se accolte, possono semplicemente aggiungersi a un diritto penale di mera prevenzione o del rischio, che risulta appannaggio di opzioni nazionali.

Il problema degli illeciti minori, dunque, di quelli al confine con la tutela extra-penale, appare essere avvertito come soprattutto nazionale. Ne consegue l’estraneità a politiche europee del tema del mantenimento, nei sistemi nazionali, di reati contravvenzionali, o di come configurare gli illeciti penali minori.

Di qui la possibile spiegazione del perché il tema dell’offensività riceva una declinazione e un’elaborazione soprattutto nazionale e dunque non sia ancora percepito come un principio europeo o sovranazionale.

9.5

È alla luce di tale conclusione che dovrebbe essere inquadrato l’atteggiamento critico relativo all’influenza sulla legislazione penale e la prassi interpretativa nazionale del principio di precauzione (cioè sugli illeciti incentrati su un’inosservanza di cautele prive di base epistemologica sicura, ma a fronte di un rischio di grande magnitudo, se reale) nelle sue matrici anche europee⁹⁵. La valenza europeista della precauzione non è attualmente indice di un conflitto certo col principio di offensività *penale*: perché sono state soprattutto le legislazioni nazionali a regolarlo sul piano sanzionatorio, avendo esse piena competenza nella tutela giuridica (non necessariamente penalistica) dei fenomeni che ne rimangono interessati. Si tratta, pertanto, di una valutazione prematura su un conflitto che rimane, peraltro, latente⁹⁶.

10 - 10.1

**DALLE CONTRAVVENZIONI
AI MODELLI “SOSTANZIALI”
D’ILLECITO PENALE
MINORE NELLA LEGISLAZIONE
PENALE COMPLEMENTARE. IL
RUOLO DELLA
RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI**

L’alternativa alle contravvenzioni non è un problema tecnico, ma politico. Sul piano tecnico, peraltro, mancano ancora modelli d’illecito penale minore che siano stati elaborati come esperienza sicura e tale da sostituire il modello contravvenzionale.

Esistono, infatti, modellistiche molto varie, al posto di paradigmi unitari riunificabili sotto una categoria di genere omogenea. Neppure la contravvenzione, in fondo, è stata così omogenea, ma certo lo è di più rispetto alle possibili figure di delitti minori, di prevenzione, di rischio *etc.*

Abbiamo provato, comunque, a costruire modelli d’illecito penale minore in una ricerca di qualche anno fa, poi approdata anche a un’esperienza di progetto ministeriale in materia di reati alimentari e contro la salute pubblica⁹⁷.

95. Sull’incidenza di tale principio sulla cultura europea dell’offensività, e nel senso di una sua conciliabilità (nella versione “tenue” più garantista) con il principio di offensività, v. ancora G. SALCUNI, *L’europeizzazione del diritto penale*, cit., spec. 436 ss.

96. Basti rinviare, anche per altri ragguagli, ai contributi di D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., 57 ss. e di E. CORN, *Il principio di precauzione nel diritto penale*, cit., 3 ss. Con specifico riferimento al diritto penale degli alimenti v. C. PONGILUPPI, *Principio di precauzione e reati alimentari. Riflessioni sul rapporto “a distanza” tra disvalore d’azione e disvalore d’evento*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2010, 225 ss.; e ID., *Principio di precauzione e sistema sanzionatorio - una riflessione alla luce del diritto dell’Unione Europea*, in corso di pubblicazione negli Atti del Convegno di Verona su *Limiti convenzionali e costituzionali del “Diritto Penale Europeo” dopo il trattato di Lisbona. Il dibattito in Germania e in Italia*, tenutosi il 16-17 settembre 2011 a conclusione della ricerca PRIN-MIUR 2008-2010, *L’evoluzione del diritto penale nei settori d’interesse europeo alla luce del nuovo progetto di riforma dei Trattati*.

97. Sintesi di queste esperienze di costruzione di una riforma possibile in M. DONINI, *Reati di pericolo e salute pubblica*, cit.; più ampiamente e *funditus* ID., *Modelli di illecito penale minore*, cit., 201-332. Il Progetto ministeriale 2010, al quale facciamo riferimento, è lo Schema di disegno di legge recante: “Disposizioni in materia di sicurezza alimentare”, contenente un Progetto di riforma del Titolo VI del libro II del codice penale, pubblicato in *Cass. pen.*, 2010, p. 4457 ss., già cit. *retro*, redatto da una Commissione di studio incaricata dal Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali, nominata il 27 maggio 2009. Ne riferiamo in dettaglio nel saggio *Reati di pericolo e salute pubblica*, cit. Sul Progetto 2010 v. pure le riflessioni di A. GARGANI, *Il pericolo comune e la nozione di disastro sanitario nel settore alimentare: profili de lege ferenda*, in AA.Vv., *La sicurezza agroalimentare nella prospettiva europea. Precauzione, prevenzione e repressione*, Atti del Convegno di Modena, 3-5 novembre 2011, in corso di stampa, cit., 631 ss. (bozze). Sul tema v. ampiamente anche L. TUMMINELLO, *Sicurezza alimentare e diritto penale: vecchi e nuovi paradigmi tra prevenzione e precauzione*, spec. il § 5, in corso di pubblicazione.

10.2

L'idea di fondo è quella di recuperare forme di beni-mezzo, di beni intermedi suscettibili di aggressione concreta anche se più anticipati rispetto a eventi lesivi vicini ai beni della persona, senza rinunciare a inserire nel fatto l'inosservanza di regole e discipline – rispettose della riserva di legge – quale presupposto antiggiuridico di una idoneità lesiva comunque da verificare in concreto. Si aggiunge a ciò una selezione penalistica in termini di colpevolezza, ma prima ancora in termini di pericolosità: *a fronte di mega-delitti di pericolo* (per es. gli attuali delitti contro l'incolumità e la salute pubbliche) che si puniscono *solo quando c'è stato un danno, e di contravvenzioni* di pericolo per lo più presunto che non si puniscono perché vengono *estinte per oblazione o per prescrizione*, si è scelta (e si propone qui) una terza via, che profili una lesività di pericolo astratto-concreto più marcata (anche se le cornici sanzionatorie del Progetto ministeriale 2010 erano eccessive, tali da risultare poco compatibili con delitti pur sempre "minori" di pericolo), suscettibile di essere accertata anche in assenza di danni rilevanti alla "salute pubblica" quale bene giuridico finale.

10.3

Per quanto riguarda la legislazione penale complementare, più in generale, si è registrato un consenso ampio attorno all'idea che sia impossibile riportare tutto nel codice, e che la riforma codicistica imponga una riscrittura contestuale delle leggi speciali. Riserva di codice e riserva di leggi organiche *extra codicem* sono due punti che hanno caratterizzato le ultime progettazioni di riforma.

Manca ancora un affinamento delle tecniche di tutela che consentano di conciliare meglio offensività e riserva di legge.

Il settore dell'ambiente è esemplare. Anche qui assistiamo o a modelli penalistici puri, a macrodelitti di scarsa afferrabilità (per es. il disastro ambientale costruito dalla giurisprudenza in via ermeneutica), o violazioni più formali che delegano all'autorità amministrativa la regolamentazione delle soglie di offesa astratto-presunte, così affidate dal Parlamento al potere regolamentare. Eccesso di definizioni giurisprudenziali nel primo caso, e di potere della pubblica amministrazione nel secondo caso. La costruzione di reati rispettosi della riserva di legge e dell'offensività *nello stesso tempo* è ciò che appare più urgente in questa materia.

10.4

Il discorso, a questo punto, si riaggancia a quello del *modello d'illecito penale minore* già accennato, che soprattutto per le persone fisiche potrebbe semplicemente sostituire di fatto le contravvenzioni formali (magari residuali e applicate soprattutto agli enti con processo più "garantito" di quello amministrativo ordinario). Non si tratta di un *nomen iuris* sostitutivo delle contravvenzioni. Può essere un delitto (minore) con imputazione soggettiva differenziata (e solo in qualche caso con dolo e colpa grave accomunati nella medesima cornice)⁹⁸, perché si tratta di un delitto minore a ogni effetto, che contiene sia il richiamo a inosservanze di leggi e regolamenti, talora anche di provvedimenti, sia requisiti aggiuntivi di lesività e colpevolezza. Se tali illeciti sostituissero gradualmente le contravvenzioni in vari campi di materia, ci troveremmo in forma progressiva ad avere attuato sperimentalmente il nuovo modello prima di inserirlo nella parte generale del (o di un nuovo) codice penale.

Le "tecniche" penalistiche per rendere meno formali i reati in ambito prevenzionistico (il diritto penale del rischio o della prevenzione) sono note: oltre il modello troppo arretrato dei limiti-soglia e in direzione di un pericolo più astratto-concreto, indiretto, potenziale, dalle inosservanze di regole preventivo-cautelari arricchite da forme di colpa grave o situazioni-presupposto pregnanti, alla reiterazione dei comportamenti tipici,

98. Per questa ipotesi, di elemento soggettivo duplice nella stessa cornice dei reati di prevenzione, purché circoscritto a dolo/colpa grave, cfr. in dettaglio M. DONINI, *Modelli di illecito penale minore*, cit., 312 ss.; Id., *Reati di pericolo*, cit., § 12.

sino alle forme di recupero a posteriori dell'offensività mediante regolarizzazioni, prescrizioni con adempimento depenalizzante, o possibilità di escludere lo stigma penale in caso di permanente inoffensività concreta *etc.*

Esistono molti modelli diversi (non due sole “velocità”) che appaiono tutti espressione di una declinazione moderna e duttile dell'offensività rispetto a beni superindividuali o collettivi, senza costituirne necessariamente un tradimento, e senza ritornare alla sola tutela dei beni individuali quale alternativa all'abbandono dei beni collettivi, una volta sganciati da illeciti o formali o immensi⁹⁹.

10.5

Però queste forme attendono di essere raccolte dall'arcipelago delle sperimentazioni extracodicistiche in un assetto organico, in una riforma generale, che potrebbe anche avvenire gradualmente, sostituendo progressivamente gli illeciti contravvenzionali classici, così preparando dall'esterno del codice la riforma codicistica dell'abbandono del modello contravvenzionale di illecito.

Una questione rilevante, al riguardo, ci pare essere quella del raccordo con la responsabilità delle persone giuridiche, capace di salvare dall'*impasse* il vecchio diritto penale. Fino a che le contravvenzioni, ancora utili quali strumenti preventivi e di controllo sociale in settori nevralgici della sicurezza, non le si voglia abbandonare ai meccanismi non garantiti (politicalmente e giuridicamente) dell'illecito amministrativo – al costo di perpetrare però, in diritto penale, la cultura spersonalizzante della prevenzione generale, della responsabilità oggettiva e di una prassi senza teoria generale –, è possibile ‘funzionalizzare’ la loro permanenza a una imputazione all'ente, estendendo così la loro cognizione secondo le regole procedurali del d. lgs. 231/2001. Ma l'obiettivo resta quello di disporre di illeciti che, se anche penali e strutturalmente più delittuosi, avendo una finalità eminentemente preventiva in un contesto imprenditoriale di organizzazione della sicurezza, non sono destinati ai singoli, se non nella loro qualità di rappresentanti di un ente¹⁰⁰. Un'imputazione solo in apparenza rivolta alle persone fisiche, ma in realtà già adesso – in particolare, nei settori del diritto penale economico – avvertibile come diretta soprattutto all'ente. Tali illeciti, pertanto, potranno opportunamente essere trasformati (da contravvenzioni) in delitti minori, ma sino ad allora potrebbero realmente ‘funzionare’ quali illeciti “delle persone giuridiche”, dato che (nella misura in cui) per la persona fisica l'oblazione risolve di regola ogni problema, mentre è la regolarizzazione della situazione aziendale ad apparire la più urgente in tema di sicurezza¹⁰¹.

99. Questa *strategia differenziata*, che abbiano sempre cercato di descrivere, ma anche di razionalizzare, rappresenta una soluzione più tecnica e concreta, crediamo, di alcune formulazioni “di moda”, al tema illustrato nel (e dopo il) fortunato saggio di J.-M. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 1999, trad. it. *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali*, Giuffrè, Milano, 2004, spec. 83 ss., 101 ss., che prospettava un diritto penale a due velocità.

100. Si consenta di citare ancora una volta V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*⁵, Utet, Torino, 1981, vol. I, 144 (ed. 1950, vol. I, § 62, 113) sul significato impersonale dell'imputazione di un reato contravvenzionale (lett. in rapporto alla “sanzione penale di precetti amministrativi”): «nel diritto penale di polizia...non si fa carico alla persona di aver agito in modo anche individualmente riprovevole, bensì di essersi contenuta in modo socialmente dannoso o pericoloso, ancorché individualmente non le si possa rimproverare una intenzionale violazione del diritto. È il difettoso funzionamento di un elemento concorrente a formare il complesso sociale, che si considera, e non già il distacco di codesto elemento dal tutto al quale appartiene».

101. E' così risolto il problema della facile prescrizione delle contravvenzioni, della loro naturale destinazione a imputazioni non “personalistiche”, della loro costante possibilità di regolarizzazione *ex post*, logicamente a carico degli enti e non dei singoli, a vantaggio della *sicurezza* (via via, del prodotto, degli alimenti, del sottosuolo, delle acque, dell'ambiente di lavoro, *etc.*) quale bene giuridico “finale” di questi illeciti classici.

11 - 11.1

LA SCARSITÀ DELLE PRONUNCE
“DI ACCOGLIMENTO” DELLA
CORTE
COSTITUZIONALE, E L’USO DEL
BENE GIURIDICO IN CHIAVE
“ESTENSIVA”, NON
SONO UN ARGOMENTO CONTRO
L’OFFENSIVITÀ

Non è nostro obiettivo passare in rassegna l’attuazione dell’offensività sul piano ermeneutico, ciò che da tempo è stato compiuto in vari studi e da numerose sentenze¹⁰². La *dimensione ermeneutica* dell’offensività¹⁰³, attraverso l’interpretazione conforme, là dove possibile e non vietata dalla riserva di legge (v. *infra*), ha conosciuto enormi sviluppi negli ultimi lustri – dai falsi ai reati patrimoniali, dai reati in materia di buon costume e di ordine pubblico a quelli in tema di armi, di stupefacenti, o fallimentari, dai delitti di attentato a quelli di detenzione, a quelli contro l’incolumità pubblica, l’ambiente, l’amministrazione della giustizia, la pubblica amministrazione, l’urbanistica, i beni culturali, i reati tributari, l’immigrazione clandestina *etc.* –, registrando successi che vanno ben al di là del dato poco significativo della scarsità delle pronunce di accoglimento della Corte costituzionale rispetto alla *dimensione legislativa* dell’offensività.

Voci dissenzienti sulla modesta realizzazione legislativa del principio di offensività sono in realtà espressione di atteggiamenti critici verso la stessa idea del bene giuridico, caricata di troppe aspettative. È stato facile irridere alla pochezza delle sentenze costituzionali di annullamento di norme vetuste o di modesto significato, in nome appunto dell’offensività¹⁰⁴. Va ammesso che gli interventi della Corte costituzionale, che abbiano dichiarato l’illegittimità di una qualche norma per violazione dell’offensività, sono anche qui modestissimi, come del resto è avvenuto per altri principi (colpevolezza, tassatività).

Già si sono menzionate le scarse sentenze della Corte costituzionale: quelle sulla norma di età fascista del divieto di esporre una bandiera estera senza autorizzazione, quella sull’ubriachezza aggravata, sull’aggravante della clandestinità, qualcosa in materia di reati militari, di stupefacenti, e poco più... E anche in questi casi il principio di offensività – che *non* è espresso nella Costituzione italiana, ma ricondotto all’art. 25 cpv. – quasi mai è stato utilizzato da solo, ma sempre in aggiunta, o sul tronco di un principio più consolidato come quelli di ragionevolezza o di legalità, o in relazione alla funzione rieducativa della pena e ai connotati del diritto penale del fatto.

La pochezza delle pronunce ci auguriamo che sia il segno della fase ancora nascente, o di sviluppo, di questo principio, che già – come si è visto – è stato capace di orientare *un enorme contributo ermeneutico* e di *approdi istituzionali e persino legislativi*. Soprattutto la mancanza di una riforma complessiva del codice penale ha evidentemente nuocuto a una sua complessiva riconoscibilità di sistema, più che la timidezza della Corte costituzionale¹⁰⁵.

102. Cfr. G. VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, cit., 629 ss.; V. ZAGREBELSKY, *Contenuti e linee evolutive della giurisprudenza in tema di rapporti fra tassatività del fatto tipico e lesività*, cit., 417 ss.; M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, cit., cap. III; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso*, vol. I³, cit., 525-608; M. CATERINI, *Reato impossibile e offensività*, cit., 205 ss.; M. CERASE, *Art. 49*, in LATTANZI, LUPO, *Codice penale*, vol. II, tomo I, Giuffrè, Milano, 2010, 752 ss.; e da ultimo V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., 245 ss., con altri richiami.

103. Cfr., a sviluppo di una costante giurisprudenza costituzionale in tal senso, la precisa tematizzazione di F. MANTOVANI, *Diritto penale*, parte gen.⁷, cit., 204 ss., 213 ss. (fin dalla prima ed. del 1979); e di F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità*, cit., 350 ss.; e altresì, ma con esiti che si pongono in maggiore frizione con la riserva di legge (v. *infra*, § seg.), G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso*, vol. I³, cit., 569 ss.; M. CATENACCI, *I reati di pericolo presunto*, cit., 1425 ss. Esso appare, come canone ermeneutico, un “dogma assolutamente consolidato” anche al sempre scettico G. FIANDACA, *Sull’approccio costituzionale al diritto penale: attualità e limiti*, cit. (p. 11 del dattiloscritto). Per un’affermazione molto “avanzata” di tale dimensione, fino (a nostro avviso) al rischio di forti tensioni con la legalità (v. qui il § seg.), S. RIONDATO, *Un diritto penale detto “ragionevole”*, cit., 96 ss., 117 ss., interpretando Giuseppe Bettiol nel senso della prevalenza del principio di offensività rispetto al principio *nullum crimen sine lege* (ivi 122 s.), come se affermare la dimensione ermeneutica dell’offensività, riconosciuta anche dalla Corte costituzionale, significasse questo. V., del resto, G. BETTIOL, *Diritto penale*, parte gen.¹⁰, Cedam, Padova, 1978, 309.

104. C.E. PALIERO, *La “doble función” del bien jurídico en el ordenamiento constitucional italiano*, in S. MIR PUIG, J.J. QUERALT JIMÉNEZ (dir.), *Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales*, cit., spec. 145 ss.; in senso non dissimile Id., *Sicurezza dei mercati o mercato delle (in)sicurezze? Prove libere di psicopolitica criminale*, in AA.VV., *Sicurezza e diritto penale*, a cura di M. Donini e M. Pavarini, Bononia University Press, Bologna, 2011, 301 ss.

105. Abbiamo invece dovuto registrare, sempre a livello legislativo, un’esplosione, e non già la scomparsa, del modello contravvenzionale d’illecito, la nascita di reati costruiti sul principio di precauzione, che è qualcosa di meno del pericolo presunto, e l’ingresso, da spinte punitive sovranazionali, di vari reati costruiti su modelli assai arretrati di punibilità in campo anticipato, per beni molto diversi, che vanno dalla tutela dell’ordine pubblico attraverso la neutralizzazione di autori pericolosi (per terrorismo) alla tutela dei minori attraverso la neutralizzazione di condotte immorali o di soggetti parimenti presunti come pericolosi (v. la detenzione di materiale pedopornografico). La difficoltà di resistere a queste nuove espansioni penalistiche, l’incapacità di delimitarle in binari controllati, è segno della sconfitta di una generazione di penalisti, ma anche della razionalità della politica, non del principio di offensività. Il coraggio dei principi esige virtù morali e non solo intellettuali negli uomini che amministrano le istituzioni. Possiamo aggirare finché vogliamo

11.2

Lo stesso uso ermeneutico del bene giuridico in chiave estensiva non costituisce certo un argomento *contro*, ma semmai a favore del principio di offensività. Essendo l'offensività il prodotto di una cultura garantistica e della sussidiarietà penale e avendo un ruolo prescrittivo nel sistema, è evidente che l'esistenza di correnti che impiegano il bene giuridico – categoria diversa dal principio di offensività – in una funzione politicamente opposta, sono manifestazioni che dovrebbero e che possono essere legittimamente contrastate in nome di quei principi, pur ammettendosi che l'interpretazione estensiva rimane in generale un procedimento ermeneuticamente legittimo, anche se problematico.

12 - 12.1

RISERVA DI LEGGE, POTENZIALITÀ ERMENEUTICHE E LIMITI ALL'INTERPRETAZIONE CONFORME (ALL'OFFENSIVITÀ)

Il principio di offensività è così rilevante per il legislatore che la sua declinazione da parte dell'interprete suppone fattispecie suscettibili di riconversione ermeneutica in chiave di offesa. Reati maggiori, delitti, dunque? Certo, qui gli spazi per interpretazioni conformi sono molto rilevanti e doverosi, e riguardano fattispecie classiche e contemporanee a struttura offensiva flessibile, interpretabile, anche se la fattispecie appare prima facie di pericolo astratto-presunto. Tantissime sono anche le fattispecie della legislazione penale complementare ancora distanti dall'attenzione della "parte generale" e della stessa interpretazione conforme.

Certo, nel diritto penale economico – per esempio – vi sono varie fattispecie, dove l'inosservanza di discipline regolamentanti, di regole "di sicurezza", di organizzazione, pare concentrare in sé il significato dell'illecito¹⁰⁶. Tuttavia, non ci pare corretto fare assurgere questi casi del diritto penale meno applicato a livello internazionale, per quanto frequentati nelle leggi speciali, a detonatore di una deflagrazione del paradigma del bene giuridico, tanto da abbandonare la prospettiva generale che in diritto penale si tutelano interessi e non regole, e che le regole sono in funzione di beni¹⁰⁷. Pertanto, se la struttura

questo ostacolo, ma senza impegno personale non verremo a capo dei problemi continuamente riproposti dalla gestione quotidiana di un diritto penale ora formalistico, ora semplicemente "sicuritario".

106. V. per es., fra i molti, S. SEMINARA, *Insider trading e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1989, 293 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale della prevenzione e mercato finanziario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 639 ss.; L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto di interessi nella gestione d'impresa. Profili penalistici*, Giuffrè, Milano, 1997, 434 ss., e prima ancora, per tutti, C. PEDRAZZI, *Interessi economici e tutela penale*, in AA.Vv., *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A.M. Stile, Jovene, Napoli, 1985, 295 ss., 296. Per una discussione più articolata e ancora attuale su queste oggettività giuridiche del diritto penale economico, distinguendo tra beni-oggetto (spesso strumentali, funzionali etc.) e beni-scopo, si consenta il rinvio al nostro *Dolo e prevenzione generale nei reati economici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, spec. 2-20, con altri numerosi richiami. Di recente, v. sempre C.E. PALIERO, *Sicurezza dei mercati o mercato delle (in)sicurezze?*, cit., 316 ss., che pure sul piano delle opzioni politiche sostiene un "ritorno allo Statuto" della tutela di interessi e non di regole o di principi. Non si può non condividere la prospettiva. Abbiamo sempre evidenziato criticamente l'esistenza d'incriminazioni non modellate sul paradigma della tutela dei beni, salvo intendere il concetto in senso molto indiretto ed ermeneuticamente poco utile (per es. M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 160 ss., 287 s.; Id., voce *Teoria del reato*, cit., 267 ss.; Id., *Il volto attuale*, cit., 13 nota; Id., *"Danno" e "offesa"*, cit., 1560, 1576). Tuttavia, questa doverosa presa d'atto di tipo "descrittivo" non esime dal seguire, sul piano "prescrittivo", il punto di vista dell'offensività. Dire pertanto che la tutela di "regole" sarebbe un vero modello alternativo alla tutela dei beni non ci pare conforme al principio di offensività nel suo significato politico-criminale a base costituzionale, ma neppure – come già segnalato – sul piano descrittivo di una larghissima parte del diritto vigente. Come principio giuridico-costituzionale vincolante, ovviamente, l'offensività ha una portata dimostrativa oggi più circoscritta. Però l'indicazione di un percorso evolutivo di tale principio dovrebbe essere nel segno dello sviluppo della sussidiarietà, che ispira la sua matrice politico-ideologica, e dunque di un antiformalismo via via riconosciuto.

107. Per una forte tematizzazione del principio di offensività in ambito economico (ma non mediante una trasformazione ermeneutica *contra legem*) v. l'ormai classico studio di P. PATRONO, *Diritto penale economico e interessi umani fondamentali*, Cedam, Padova, 1993, 97 ss. In prospettiva di riforma v. ora le linee generali indicate in L. FOFFANI, *Prospettive di armonizzazione europea del diritto penale dell'economia: le proposte del progetto "Eurodelitti" per la disciplina delle società commerciali, del fallimento, delle banche e dei mercati finanziari*, in *Studi Marinucci*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2006, 2321 ss. Quando ci riferiamo a prospettive "generali", non si intende seguire il punto di vista della vecchia "allgemeine Rechtslehre", e poi *Verbrechenslehre*, della quale da sempre abbiamo criticato la generalità aristotelico-scolastica (e poi naturalistica) *per genus proximum et differentiam specificam*, a favore di definizioni "a enciclopedia" e non solo "a dizionario". Una logica classificatoria, quella, che ha "costretto" per decenni e forse per almeno un secolo lo studioso di parte generale a costruire concetti generali esangui onnicomprensivi, definizioni generalissime di azione, causalità, dolo, colpa etc. incapaci di restituire la complessità del reale. Peraltro, non abbiamo mai abbandonato prospettive generalizzanti e comuni (in chiave induttiva e anche deduttiva dai principi), onde disporre di parametri unificanti e di categorie dialoganti dentro al sistema, parametri comuni definitivi e illustrativi, purché non si riducano a prigionie concettuali logico-classificatorie. Si consenta il rinvio alla nostra voce *Teoria del reato*, cit., 286 ss. (§ 28): da questa opera, come dal precedente libro del 1996, abbiamo cancellato l'aggettivo "generale", in ossequio a tale punto di vista metodologico. In ogni caso, il paradigma ermeneutico fondamentale, anche rispetto alla tutela della stessa obbedienza a una regola o a un ordine, là dove l'obbedienza sia un valore meritevole di tutela, come la "disciplina" nel diritto penale militare, è che quel valore non costituisce un bene da proteggere di per sé, ma solo in quanto funzionale ad altri beni e dunque suscettibile di essere verificato in concreto dall'interprete rispetto a interessi ulteriori effettivamente aggrediti o messi in pericolo dal fatto inosservante. In termini, C. cost., 15-21 novembre 2000, n. 519, sulle manifestazioni e grida sediziose, nonché sulle attività sediziose di cui agli art. 183 e 182 c. pen. mil. pace. Assente

del fatto non è formalistica – come non dovrebbe essere – ciò in qualche misura può sempre essere valorizzato in chiave restrittiva, delimitativa della punibilità.

Abbiamo visto, del resto, che da poche sentenze della Corte costituzionale e su casi in apparenza minori è oggi possibile desumere strumenti argomentativi e di ricostruzione di teoria generale di notevole potenzialità applicativa.

Viceversa, una volta che quel principio non sia stato pienamente rispettato dal Parlamento, o attuato in forme modeste, risulta problematica un'operazione di ortopedia proprio sul piano tecnico, oltre che politico. Esso non è come il principio di colpevolezza che, almeno, consente di individuare alcuni requisiti minimi che l'interprete può pensare di *sottintendere de plano* a leggi costruite dal Parlamento in sua violazione.

Non c'è per l'offensività la formula magica del requisito “almeno la colpa”, che già non risolve comunque i numerosi problemi residui della mancata attuazione *legale* del principio di colpevolezza¹⁰⁸.

12.2

Sorge qui una difficoltà nota da tempo, che consiste nel conflitto tra offensività e riserva di legge¹⁰⁹.

Un conflitto, ora, non tanto legislativo (illeciti formali ma certi *vs.* illeciti giganti, ma indeterminati), quanto applicativo: un giudice che trasformi in sede ermeneutica reati di inosservanza di precetti in reati di evento, mutando la struttura e il senso delle fattispecie, rischia di rompere gli argini della legalità.

Anche se l'operazione è *in bonam partem*, la diffusione di un costume generalizzato nel manipolare le fattispecie pare indesiderabile, non trattandosi qui di colmare lacune incidentali, ma di riscrivere le norme incriminatrici. *Non si possono, in via meramente ermeneutica, trasformare in “delitti” le contravvenzioni di pericolo presunto*. Salvo mutare il tipo attraverso la sostituzione del bene (ma con minaccia sanzionatoria sempre bagatellare). Se però arrivassimo a questo risultato, la riserva di legge sarebbe già definitivamente abbandonata. Perché non si tratterebbe di “correggere” una fattispecie con l'aggiunta di un requisito costituzionalmente conforme: si tratterebbe di cambiare del tutto la fattispecie, ciò che implica ulteriori prese d'atto e decisioni di tipo legislativo.

Certo, se si tratta di delitto contravvenzionale, come l'art. 437 c.p. (omissione o rimozione di cautele antinfortunistiche), la rilevanza della sanzione (detentiva secca) e il bene giuridico protetto (incolumità pubblica) impongono *iuxta legem* una lettura correttiva, esigendosi che la violazione abbia *estensione e modalità tali* da incidere in concreto sull'ambiente di lavoro e l'incolumità di più persone¹¹⁰. E nel momento in cui tale inosservanza viene “incorporata” in un delitto maggiore essa dovrà necessariamente, in ossequio al principio di offensività, essere riletta sottintendendo tratti lesivi corrispondenti al tipo. La medesima riconversione ermeneutica, peraltro, *non sarà possibile* là dove il tipo contenga solo una violazione cautelare costruita come contravvenzione antinfortunistica, per es. nel quadro dei pur diversi reati richiamati dall'art. 55 d. lgs. 9 aprile 2008, n. 81 e succ. mod. (“Sanzioni per il datore di lavoro e il dirigente”), dove la correzione non avverrebbe *iuxta legem*, ma neppure in ossequio alla riserva di legge. Quando si riterrà che il giudice abbia questo potere, purché *in bonam partem* (*in malam*

comunque, da tale riflessione della Corte, la prospettiva della rilevanza *costituzionale* del bene, ben evidenziata in altre storiche pronunce (per es. C. cost. n. 364/1988, 369/1988 e 409/1989, redatte da R. Dell'Andro e già cit.).

108. Cfr. per l'uso indiscriminato della categoria “colpa”, in un significato apparentemente unitario, da sottintendere a tutte le vecchie ipotesi di responsabilità oggettiva, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso*, vol. I³, cit., 470 ss., 477 ss.; F. BASILE, *La colpa in attività illecite*, Giuffrè, Milano, 2005, 277 ss., 769 ss.

109. Riprendendo rilievi di P. NUVOLONE, *Premessa alla ristampa di ID., I limiti taciti della norma penale*, ristampa, Cedam, Padova, 1972, 17 ss.; BRICOLA, *Teoria*, cit., 86, 88, nonché ID., voce *Interesse privato in atti d'ufficio*, cit., 71 n. 171, 75. V. quindi F. STELLA, *La teoria del bene giuridico*, cit. Ampiamente dedicato a tale profilo il nostro scritto: M. DONINI, *L'art. 129 del Progetto di revisione costituzionale*, cit. V. pure sul punto i rilievi critici di R. RAMPIONI, *Dalla parte degli “ingenui”*, cit., 160-172.

110. Infatti, l'inosservanza di regole cautelari antinfortunistiche, in quanto tale, non è un reato di pericolo – è una violazione di regole, un trasgressione, è solo “colpa” obiettiva, cioè indizio di colpa subiettiva – e tanto meno è un fatto che leda l'incolumità pubblica. Però diventa illecito oggettivo quando è scritta in una fattispecie che già punisce il fatto materiale dell'inosservanza.

partem sarebbe la legittimazione dell'analogia sfavorevole), si sarà attuato a livello di giurisdizione ordinaria ciò che oggi la Corte costituzionale nega a se stessa, quale operazione manipolativa in violazione dell'art. 25 cpv. Cost.

L'indicazione più plausibile, al riguardo, è quindi nel senso di un'importante, ma non illimitata possibilità di riconversioni ermeneutiche in vari casi e, comunque, di una chiara preferenza per soluzioni legislative rispetto al problema delle fattispecie formali e di pericolo presunto¹¹¹.

12.3

Per tali ragioni il *reato impossibile* ha da sempre rappresentato uno strumento di applicazione concreta a casi-limite, che sono "al limite", al confine della tipicità (il vecchio "*Mangel am Tatbestand*"), non già lo strumento per una lettura «normalmente correttiva» delle fattispecie nella loro struttura basica: un principio-regola da attuarsi in chiave casistica, e non definitoria del bene protetto o del livello di offensività del tipo, quasi che le presunzioni di pericolo (ma anche di lesione) fossero tutte *relative*¹¹². D'altro canto, nell'interpretazione della c.d. concezione realistica, l'art. 49 cpv. c.p., reso autonomo dalla tematica del tentativo alla quale l'istituto è avvinto da una storia ancora secolare¹¹³, *esprime* sì il principio di offensività, ma *non lo sostituisce* nell'interpretazione ordinaria delle fattispecie. Se la fattispecie consente una lettura sostanzialistica (anche) attraverso il bene giuridico, per escludere fatti inoffensivi non occorre richiamarsi al reato impossibile declinato ex art. 49 cpv. c.p.¹¹⁴. L'uso in funzione esimente di questa norma-limite diventerà invece necessario, ma anche possibile, quanto più la forma della legge apparirà insuperabile, come nel caso di mera inosservanza procedurale-cautelare, o di fattispecie che tipizzano offese costruite sull'inosservanza di provvedimenti autorizzativi *etc.* Qui lo spazio esimente riguarderà casi-limite, non già la contestazione dell'offensività legale tipizzata. Al contrario, se abbiamo una situazione tipica di pregnante valore lesivo, anche in assenza dell'art. 49 cpv. c.p. l'impiego diretto di bene giuridico, principio di offensività (tanto più se tipizzato in positivo) e cultura sostanzialista, potrebbe produrre più ampi risultati (v. la differenza delitto/contravvenzione, oggi).

Per ragioni diverse e in realtà più stringenti di tipizzazione criteriologica, la stessa *esiguità* (irrilevanza penale del fatto tenue, pur tipico, lesivo e colpevole), che è una scoperta legislativa ancora in attesa di radicale generalizzazione, ha bisogno di una disciplina legale e la responsabilità della sua mancata estensione generalizzata ricade sul

111. E' peraltro chiaro che se la fattispecie assurge a delitto e risulta seriamente punita, il margine di reinterpretazione muta, insieme al bene protetto, in genere. Sempre utili le linee-guida elaborate ormai una trentina di anni fa in scritti ormai classici: T. PADOVANI, *La problematica del bene giuridico nella scelta delle sanzioni*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 114 ss.; F. PALAZZO, *I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*, in *Indice pen.*, 1986, 35 ss.; ID., *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 453 ss.; T. PADOVANI, *Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo*, in *Cass. Pen.*, 1987, 670 ss.; v. pure AA.VV., *Materiali per una riforma del sistema penale*, Franco Angeli, Milano, 1984; AA.VV., *Beni e tecniche della tutela penale*, a cura del CRS, Milano, 1984; AA.VV., *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A. M. Stile, Jovene, Napoli, 1985.

112. Per una diversa fiducia nell'utilizzo della prova *a contrario* dell'inoffensività, soprattutto *de lege ferenda*, C. FIORE, *Il principio di offensività*, cit., 278 ss., 280-282; e già *de lege lata*, M. CATENACCI, *I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale*, cit., 1434 ss., 1438 ss., che valorizzano il tema dell'ammissibilità della prova contraria rispetto alla presunzione del pericolo "presunto", ritenuta sempre relativa. V. pure S. RIONDATO, *Un diritto penale detto "ragionevole"*, cit. 117 ss. Il tema ha trovato, come noto, ampie e sempre minoritarie elaborazioni anche nella letteratura straniera, a cominciare da un libro di K.O. Rabl del 1933 sul dolo di pericolo. Il percorso forse più argomentato lo si può ritrovare in E. GRAUL, *Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1991. V. anche al riguardo M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Giuffrè, Milano, 1990, 399 ss., e T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994, 267 ss. Ampia discussione, tra prospettive di riforma e *de lege lata*, di questi e di confinanti temi nei settori più nevralgici costituiti dalle attività autorizzate e dalle prescrizioni cautelari in materia ambientale, nei lavori di M. MANTOVANI, *L'esercizio di un'attività non autorizzata. Profili penali*, Giappichelli, Torino, 2003, 191 ss. (cap. VI), C. BERNASCONI, *Il reato ambientale. Tipicità, offensività, anti-giuridicità, colpevolezza*, ETS, Pisa, 2008, 119 ss., 155 ss. e L. SIRACUSA, *La tutela penale dell'ambiente. Bene giuridico e tecniche di incriminazione*, Giuffrè, Milano, 2007, 179 ss., 309 ss., 431 ss.

113. In questo senso, e per una rappresentazione internazionale comparata di ampio raggio, anche se di valore soprattutto storico sino alla fine degli anni '50-inizio degli anni '60 del secolo scorso, L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, Tomo VII, Losada, Buenos Aires, 1970, 628-788.

114. In termini C. F. GROSSO, *Su alcuni problemi generali di diritto penale*, in *Studi M. Gallo*, Giappichelli, Torino, 2004, 25.

legislatore¹¹⁵, senza diventare un pretesto per la sua introduzione in via ermeneutica¹¹⁶. L'esiguità, come e più del reato impossibile, rappresenta una "uscita di sicurezza" dal formalismo e dalle strettoie del giuspositivismo. Sono espressioni di aperture legalmente controllate a logiche di antigiuridicità materiale, come lo sono le soglie di rilevanza, le oblazioni, le forme di riparazione dell'offesa e del danno in chiave di non punibilità o di tecniche di degradazione: strumenti legislativi accorpabili, sul piano dogmatico e politico-criminale, nella categoria della *non punibilità*. La cultura di fondo che dà più dignità a queste aperture ispirate a politiche criminali variegata, è da sempre l'idea della sussidiarietà. Ma il contesto della disciplina richiede sempre un impegno chiaro del legislatore, prima che dell'interprete.

Per analoghe ragioni di rispetto della tipicità legale non pare possibile reinterpretare *tutti* i reati a dolo specifico *come se* fossero ipotesi di delitto tentato (con la stessa idoneità e univocità) rispetto al risultato eccentrico al fatto tipico, rendendolo un evento *interno* alla tipicità così ridefinita dal giudice-interprete¹¹⁷. Il rispetto della riserva di legge, qui, non è un feticcio. Anche i delitti di attentato, reinterpretabili con piena idoneità, non avranno la stessa idoneità degli atti *univoci* del tentativo, non essendo possibile inserire anche quel secondo parametro di direzione oggettivamente univoca-esecutiva degli atti a situazioni che devono rimanere preparatorie.

Breve.

Quanto più il principio di offensività sarà meglio riconosciuto a livello *legale*, nelle singole incriminazioni, al di là dei principi generali, tanto più potrà essere attuato a livello *giurisprudenziale*.

Ben vengano le interpretazioni sostanziali, dunque, ma non la sostituzione della magistratura al Parlamento.

12.4

Sotto il sedicente vessillo dell'offensività, piuttosto, sono paradossalmente possibili interpretazioni estensive, se non analogiche: quante sono le forme di offesa che vengono estensivamente ricondotte a una fattispecie al di là delle scelte consapevoli del legislatore.

Non si tratta, tuttavia, di un'autentica declinazione del principio di offensività, ma di quello di tutela dei beni, o delle vittime, che è cosa distinta. Come il bene giuridico può essere usato in chiave espansiva, così potrebbe venire in mente che si tratti di un'espressione del principio di offensività. Ma sarebbe un abbaglio. Per questo abbiamo sottolineato dall'inizio (*retro*, § 1.2) che offensività e bene giuridico non appartengono al medesimo ceppo ideologico.

Il carattere necessariamente lesivo del reato non significa dovere di estendere la protezione ad offese simili o a nuove vittime: realizzando l'opposto del carattere frammentario del diritto penale¹¹⁸. Se così fosse l'offensività indurrebbe alla violazione del divieto di analogia, e viceversa i due principi devono procedere in sintonia¹¹⁹.

115. Il più famoso manuale tedesco di diritto penale della prima metà del Novecento (e non solo), quello di Franz von Liszt, trattava dell'esiguità ("Minima non curat praetor" e *Geringfügigkeit*) nell'ultima edizione curata dall'A., quella del 1919: F. v. LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*²¹⁻²², de Gruyter, Berlin und Leipzig, 1919, 14 (§ 4). A oltre un secolo di distanza, siamo ancora qui a chiedere al nostro legislatore che prenda atto di quell'istanza già *romanistica* e finalmente la concretizzi nell'attualità, oltre gli spazi del processo minorile e del giudice di pace. Cfr. in generale l'anticipatoria, ma insuperata ricerca di C.E. PALIERO, «Minima non curat praetor». *Ipertropia del sistema penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Cedam, Padova, 1985.

116. *Contra*, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso*³, cit., 569 ss. e sul punto la nostra voce *Teoria del reato*, cit., § 23 (e *amplius* §§ 16 ss.).

117. V. i lavori di L. Picotti cit. a nota 32. *Contra*, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso*³, cit., 578 ss., 589 ss.

118. Sul tema v. ora la aggiornata sintesi di T. VORMBAUM, *Fragmentarisches Strafrecht in Geschichte und Dogmatik*, in *ZStW*, Bd. 123, 2011, 660 ss.

119. Per queste ragioni l'accusa alla tesi originaria di Bricola di implicare un "obbligo di criminalizzazione" è da sempre destituita di fondamento.

13 - 13.1

IL PARADIGMA EPISTEMOLOGICO-CAUSALE DELL'OFFENSIVITÀ, TRA DEMOCRAZIA E SCIENZA PENALE

Abbiamo ricordato (§ 1) che non basta che il principio di offensività presupponga il bene giuridico, perché queste due dimensioni, una strutturale e dogmatica, e l'altra prescrittiva e politico-criminale, si armonizzino e convivano. Per "sposare insieme" teoria del bene giuridico e principio di offensività occorre avere preselezionato alcune caratteristiche del bene attraverso altri principi costituzionali o sovraordinati, diversi da una semplice "concezione" (liberale, critica *etc.*).

Tra le caratteristiche del bene capaci di adattarsi al principio di offensività ce n'è una che abbiamo menzionato, ma non ancora chiarito esattamente: l'offendibilità del bene, unitamente alla sua "afferrabilità", è stata tradizionalmente declinata in termini eziologici, come se offendere un bene significhi causare a esso un danno o il pericolo di un danno. Di qui la lesione o messa in pericolo o l'evento dannoso o pericoloso quali elementi strutturali che l'offensività presuppone. Come più volte ricordato in precedenti ricerche¹²⁰, l'applicazione di *paradigmi causali* in senso stretto al bene giuridico "offeso" è spesso un'operazione *analogica*, in senso puramente concettuale, in quanto si estende ai beni-valori un paradigma costruito per le cose materiali. Già la causalità "psichica", come noto, pur avendo una base materiale a livello neurologico, soffre numerosi problemi di identità epistemologica. Ma se dalle cose passiamo agli interessi di tipo anche ideale o sovraindividuale, collettivo, universale *etc.*, è evidente che l'uso di quella categoria non è epistemologicamente rigoroso. Però, l'offensività, nel suo valore politico-criminale e scientifico, ha bisogno di quella categoria causale, che esprime le possibilità di un controllo scientifico sull'operato legislativo – la costruzione di un fatto come probatamente lesivo – e su quello applicativo – la "tenuta" e dunque la sindacabilità di una decisione che affermi l'avvenuta lesione o messa in pericolo di un bene –. L'esigenza del ricorso al paradigma eziologico non è (necessariamente) il prodotto di una cultura materialistica, oggettivistica *etc.*: esso può costituire, invece, un requisito di *garantismo* nell'imputazione del reato nella sua dimensione d'illecito sostanziale (una volta si parlava di antigiuridicità materiale, ancora oggi molto presente nelle trattazioni in lingua spagnola). Il paradigma eziologico assicura il controllo critico sull'operato del legislatore (quali beni, se offendibili, quali modalità di offesa, se davvero epistemologicamente affidabili, quali livelli di rilevanza in caso di pericolo per es., *etc.*) e poi su quello del giudice (il fatto conforme al tipo ha davvero leso o messo in pericolo il bene? In base a quali parametri scientifici, empirici, causali lo si può verificare?)¹²¹. Ovviamente, se l'uso del criterio causale è corretto, esso va riferito all'oggetto materiale, all'evento, alla situazione tipica la cui lesione o messa in pericolo "significa" l'offesa del bene. Solo in alcuni casi lo si potrà collegare direttamente al bene protetto, allorché esso sia interno al fatto tipico, alla sua descrizione legale o tipizzazione interpretativa.

I modelli alternativi al paradigma del bene giuridico, ricostruito in chiave di offensività costituzionalmente orientata, sono invece tutti segnati da un livello più basso di controllo scientifico e democratico, non garantendo altro che una spiegazione necessariamente (più) autoritaria, aristocratica, e meno discorsiva¹²².

120. M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 257 ss., 279 ss.; ID., *Modelli di illecito penale minore*, cit., 245, nota 281.

121. Lo sottovalutano gli indirizzi contemporanei che, affascinati da paradigmi anticausali, criticano il bene giuridico quale espressione di quella cultura, per sostituire ad essa dubbie formule di funzioni, programmi normativistici che, in definitiva, non assicurano il controllo critico della legislazione e della prassi applicativa (per es., con sostituzione dei paradigmi causali con quelli di una imputazione ottocentesca in tutta la teoria del reato, H.H. LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, cit., 2 ss., *passim*; per alcuni echi di quelle impostazioni v. pure L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Giappichelli, Torino, 2004, 27 ss.; con autonoma e distinta argomentazione, G. DE FRANCESCO, *Programmi di tutela e ruolo dell'intervento penale*, cit. 53 ss.). Sono passati più di settant'anni da quando Welzel, polemizzando con Mezger, criticava il dogma causale del disvalore di evento a favore del disvalore di azione quale elemento davvero presente in ogni reato (a differenza dell'offesa del bene giuridico, che mancava nei reati costruiti sulla disobbedienza o sulla violazione di doveri, secondo W.): H. WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, in ZStW, Bd. 58, 1939, spec. 506-518. Abbiamo sempre aderito all'idea che il disvalore di azione è davvero presente in ogni reato, mentre il disvalore di evento può di fatto mancare, ma non all'idea che manchi il bene nel disvalore di azione, salvo eccezioni che in nome dell'offensività, più che dell'idea del bene giuridico in sé, meritano di essere ricondotte a un paradigma più garantistico (sotto questo profilo la posizione che abbiamo sempre seguito non ha mai inteso contrapporsi, in termini politico-criminali, ma soprattutto distinguersi in termini dogmatici, da quella paradigmatica, per es., di N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Giuffrè, Milano, 1983, *passim*). Quel passo di Welzel, che risentiva dell'epoca in cui fu scritto (tanti scrivevano, in quegli anni, del reato come mera violazione di doveri o addirittura come illecito d'autore), fu poi emendato nella successiva produzione dello stesso Welzel, esemplificando la centralità del disvalore di azione non con ipotesi di reati costruiti sulla mera violazione di doveri.

122. Si cfr., volendo, i nostri scritti *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2001, 27 ss.;

14 - 14.1

CONCLUSIONE

Nell'anno 2013 ricorrono quarant'anni dalla pubblicazione della «Teoria generale del reato» di Bricola, e nel 2014 il ventennale dalla sua scomparsa. Il principio di offensività, che è il più qualificante dell'approccio costituzionalistico italiano, ha sperimentato, negli ultimi tempi, una declinazione europea e internazionale a tratti più forte di quella nazionale. Della sua rilevanza costituzionale, emersa via via anche nei progetti di riforma del codice penale, comincia a discutersi persino in Germania, pur nella scarsa conoscenza del significato istituzionale e non solo scientifico del dibattito italiano. La legge-quadro 24 dicembre 2012 n. 234, all'art. 32 tra i «Principi direttivi» per l'attuazione penalistica di discipline UE (§ 7.8, *retro*), prevede di regola l'impiego di illeciti contravvenzionali, ma *solo nei casi in cui le infrazioni ledano o espongano a pericolo interessi costituzionalmente protetti*. In realtà, proprio se avessimo abolito le contravvenzioni, quel principio avrebbe da tempo conosciuto una realizzazione legislativa più rilevante, ma adesso che lo si vuole inserire lì è evidente che la strada da seguire pare quella della trasformazione progressiva delle contravvenzioni in illeciti penali minori, nel significato più volte illustrato (§ 10 *retro*). Ecco perché la nostra speranza e comunque l'opzione più fruttuosa per lo sviluppo del carattere «necessariamente lesivo» del reato risiede in una riforma di sistema, anche solo indirettamente codicistica, nel senso già espresso¹²³. Il futuro dell'offensività si giocherà in questa partita. E anche la nostra credibilità, in Italia e all'estero, come suoi artefici e costruttori.

Id., *Democrazia e scienza penale nell'Italia di oggi: un rapporto possibile?*, *ibidem*, 2010, 1067 ss.

123. Una riforma di sistema può iniziare anche fuori dal codice, allargarsi nella sostanza alle leggi speciali, riscrivendo per es. i modelli contravvenzionali di illecito, col prevedere in progressione via via illeciti a struttura delittuosa, anche se «minori», al posto delle vecchie contravvenzioni, mutando così, infine, il DNA del codice mentre 'svuota' il serbatoio più imponente del modello contravvenzionale, rappresentato appunto dalle leggi complementari.

I vincoli costituzionali nella interpretazione delle norme penali

Testo della relazione svolta al Convegno “Il volto costituzionale del diritto e del processo penale” tenutosi all’Università di Ferrara nei giorni 18 e 19 gennaio 2013, in ricordo dell’Avvocato Franco Romani, Presidente della Camera Penale di Ferrara.

SOMMARIO

1. ALCUNE NECESSARIE PREMESSE. – 2. LA CRISI DEL MODELLO COSTITUZIONALE DEL DIRITTO PENALE ED I CONSEGUENTI RISCHI PER L’INTERPRETAZIONE “COSTITUZIONALMENTE ORIENTATA”. – 3. IL PARADOSSO DELLA INTERPRETAZIONE “COSTITUZIONALMENTE ORIENTATA” IN FUNZIONE DELLA “COMPLETEZZA DELLA TUTELA” O DEL “RIEMPIMENTO DI IRRAGIONEVOLI LACUNE”. – 4. INTERPRETAZIONE COSTITUZIONALMENTE ORIENTATA VERSUS INTERPRETAZIONE CONFORME AL DIRITTO COMUNITARIO (*RECTIUS EUROPEO*) E INTERNAZIONALE.

1 ALCUNE NECESSARIE PREMESSE

La generazione di penalisti alla quale mi onoro di appartenere si è formata, è cresciuta, si è alimentata ed è tutt’ora affezionata alla concezione del c.d. “diritto penale costituzionale” o, secondo altra equivalente terminologia, alla concezione della teoria e della prassi del “diritto penale costituzionalmente orientato”. A quella concezione — lo dico per i pochi che non lo fanno e per quelli che l’avessero dimenticata soffocati dalla routine indecorosa della quotidiana pratica delle aule di giustizia — che vede nella Carta costituzionale non solo un “limite” che segna l’ambito entro il quale le norme penali possono legittimamente operare (“le norme penali non devono e non possono porsi in contrasto con la Costituzione”), ma lo stesso fondamento della struttura e del contenuto delle norme penali, della struttura e del contenuto delle responsabilità penale e della sanzione penale; dove la Costituzione costituisce, insomma, la nervatura del sistema penale.

È all’interno di questa concezione che trova le proprie più genuine radici storico culturali e che si sviluppa la tesi della necessaria interpretazione costituzionalmente orientata (o, detto altrimenti, della interpretazione “conforme a Costituzione”) delle norme penali. L’idea, insomma, che la Costituzione costituisca un vincolo non solo per il legislatore, ma anche per l’interprete. In presenza di una norma non “irrimediabilmente” incompatibile con la Carta costituzionale, se ne è possibile una interpretazione in grado di conferirle un significato costituzionalmente conforme, è proprio questa l’interpretazione che “deve” essere adottata. Insomma, laddove non ci siano insormontabili ostacoli costituiti dal senso inequivocabilmente incostituzionale della norma e sia quindi necessario, per espungerla dal sistema, sollevare la questione incidentale di legittimità, l’interpretazione conforme diventa una strada “obbligata”.

Gli esempi sono innumerevoli e ben conosciuti. Si pensi al “recupero” delle ipotesi di responsabilità oggettiva delle quali ormai da tempo si propone (e talvolta si adotta davvero!) una interpretazione conforme al principio di personalità della responsabilità penale sancito nell’art. 27 Cost.; o alle ipotesi di reati costruiti come reati senza offesa o che anticipano “eccessivamente” la soglia della punibilità (come i reati di attentato), da tempo anch’essi reinterpretati in chiave di concreta pericolosità in base al principio di offensività che la stessa Corte Costituzionale, fin da risalenti pronunce, ritiene sicuramente costituzionalizzato; o ancora a certi reati contro l’ordine pubblico

2

LA CRISI DEL MODELLO
COSTITUZIONALE DEL DIRITTO
PENALE ED I
CONSEQUENTI RISCHI
PER L'INTERPRETAZIONE
"COSTITUZIONALMENTE
ORIENTATA"

originariamente incentrati sulla lesione dell'ordine pubblico ideale (se non "ideologico") "riformati" come offensivi dell'ordine pubblico materiale, da arcinote sentenze della Corte Costituzionale. Perfino istituti di parte generale hanno visto "trasformarsi" la loro configurazione grazie alla innervatura dei principi costituzionali: si pensi al rilievo che assumono i principi di offensività/materialità del fatto e di personalità della responsabilità penale nella ricostruzione della condotta di partecipazione rilevante ex art. 110 c.p.; oppure ancora al rilievo che assumo i principi di offensività e di determinatezza/tassatività nella ricostruzione della condotta di tentativo rilevante ex art. 56 c.p. E gli esempi potrebbero continuare.

Vale solo la pena di sottolineare, se ve ne fosse bisogno, che la teoria del diritto penale costituzionale, e l'idea di vincoli costituzionali nell'interpretazione delle norme penali che vi si accompagna, costituiscono l'archetipo del diritto penale della libertà, di ascendenza liberal democratica che vede il diritto penale come sistema di norme che configura la tutela di beni/valori concretamente afferrabili, da ben delimitate tipologie di aggressione, non estensibili per analogia, con norme di fonte legislativa ed ossequiose del precetto di determinatezza della fattispecie penale, dove il primato è quello del fatto materiale e dove la responsabilità si fonda su un giudizio di rimproverabilità soggettiva (che richiede almeno la colpa) ed ha come conseguenza (per i soggetti imputabili) una pena proporzionata alla gravità oggettiva e soggettiva del fatto, mai superiore al limite segnato dalla colpevolezza, non disumana e che si prefigge come scopo principale quello della prevenzione speciale/rieducazione. Insomma un diritto penale antitetico a quello che lo considera una forma coercitiva di controllo sociale i cui idoli sono costituiti dalla efficienza/effettività e che relega in secondo piano le garanzie del cittadino potenziale autore di reati.

Tutto ciò, non per tirar fuori dal cassetto l'argenteria di casa e mostrarla orgogliosamente agli ospiti, ma per sottolineare — e vedremo che ce n'è bisogno — che l'operazione culturale sottesa alla interpretazione conforme è quella di un recupero degli spazi di libertà in presenza di norme ispirate al più bieco autoritarismo repressivo, tipico non solo della legislazione anteriore alla Costituzione, ma anche di quella che ci tormenta da diversi decenni, ivi compresa quella più recente, talora fortemente discriminatoria delle classi sociali più deboli, se non ispirata più agli schemi del diritto penale del tipo d'autore (o del c.d. "diritto penale del nemico"), che al diritto penale del fatto.

Come è noto, il modello costituzionale del diritto penale, che, per vero, fin dall'inizio ha conosciuto, accanto ad entusiastiche adesioni, ampie riserve da parte degli "scettici", non attraversa certo attualmente il suo momento migliore (*has seen better days*, direbbero ironicamente gli inglesi).

Il diritto penale "postmoderno", chiamato a "governare" — secondo la terminologia ora di moda — la complessità della società del rischio e a "lottare" contro la criminalità, si ispira più al criterio della tutela, anche "anticipatissima" e "totalizzante", del bene da proteggere, disdegnando il modello della "modalità di lesione" a favore del modello della "completezza" della tutela e quindi della lesione tout court del bene giuridico. Le garanzie del diritto penale liberal-democratico cedono il passo, come già anticipato, ai nuovi idoli della efficacia ed efficienza del sistema. Scopo del processo penale non è più quello di accertare la responsabilità di singoli soggetti per un fatto materiale umano antigiuridico commesso con colpevolezza, ma essenzialmente quello di contrastare "fenomeni" criminali (e per far ciò spesso non v'è nemmeno bisogno di concludere un processo, potendo lo scopo essere raggiunto anche semplicemente nella fase delle indagini preliminari, ancor più se accompagnata dalla custodia cautelare, oggi eufemismo che sta per carcerazione preventiva, ovvero senza processo). Sia la legislazione, sia l'elaborazione teorica (che sembra quasi proporsi come una nuova dogmatica non più votata alla sistemazione di norme legislative, ma alla sistemazione di "arresti" giurisprudenziali) e, soprattutto, la prassi

applicativa sembrano ormai intradate verso questo modello di diritto e di processo penale. Modello che concepisce dunque il diritto penale come sistema coercitivo di controllo sociale, dove — ripeto — primeggiano efficienza ed effettività.

In questo contesto anche l'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme penali ha subito una sorta di mutazione genetica. Anticipando quanto più avanti meglio si dirà, una volta prescelto come criterio caratterizzante l'attuale diritto penale quello della efficienza/effettività e della "completezza" della tutela del bene, diventa consequenziale la valorizzazione, anche in sede interpretativa, delle esigenze di tutela emergenti dalla Costituzione. Con il primo devastante risultato di dover ricorrere, a volte nemmeno tanto surrettiziamente, alla analogia *in malam partem* per colmare quelli che vengono assunti come "irragionevoli vuoti di tutela" e di sostituire alla *ratio* garantista del principio di tassatività/determinatezza quella, di matrice europea, della "prevedibilità delle decisioni giudiziarie". Il che costituisce una vera e propria "contraddizione in termini". Infatti, l'analogia è procedimento che si fonda su un giudizio di similitudine dalle cadenze intrinsecamente incerte e le oscillazioni giurisprudenziali sono connaturate proprio all'assunto dell'assenza del vincolo di "pedissequa" osservanza del dato normativo. Per cui c'è davvero da chiedersi di quale prevedibilità delle decisioni stiamo parlando!

Come se non bastasse, l'irrompere sulla scena del diritto penale delle fonti europee (il che significa non solo atti normativi, ma anche sentenze sia della Corte di Giustizia sia della Corte EDU) ha ulteriormente complicato il quadro e non solamente perché accanto alla interpretazione conforme a costituzione si affianca l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione Europea, ponendo il problema di individuare il campo delle reciproche interferenze e le conseguenti soluzioni. Ma soprattutto perché, per sua natura, le norme europee si preoccupano e si sono geneticamente sempre preoccupate di garantire la massima tutela ai beni ritenuti meritevoli di protezione a livello della Unione Europea, chiedendo agli Stati membri di predisporre una protezione "efficace ed effettivamente dissuasiva". Ponendosi così in perfetta sintonia con i dettami del diritto penale postmoderno. Ciò comporta non solamente una metamorfosi della riserva di legge (connaturata alla "cessione di porzione di sovranità" che l'appartenenza all'Unione inevitabilmente comporta), ma anche una mutazione genetica della tassatività, controbilanciata, per così dire, dall'elevazione a principio "costituzionale europeo" della retroattività favorevole (o *in mitius*, come ormai comunemente si dice). Anche il diritto dell'Unione spalanca, forse "preterintenzionalmente", le porte alla analogia *in malam partem*.

3

IL PARADOSSO DELLA
INTERPRETAZIONE
COSTITUZIONALMENTE
ORIENTATA IN
FUNZIONE DELLA "COMPLETEZZA
DELLA TUTELA" O DEL
"RIEMPIMENTO DI
IRRAGIONEVOLI LACUNE"

È a tutti noto che la tendenza della prassi giurisprudenziale è, si può dire da sempre, quella di privilegiare le istanze di protezione dei beni giuridici, anche a scapito del rigoroso rispetto del principio di tassatività/tipicità della fattispecie penale. Basti pensare agli orientamenti in materia di truffa (ove il requisito della induzione in errore attraverso artifici o raggiri subisce una sorta di *interpretatio abrogans*), di violenza sessuale (dove il requisito della violenza o minaccia viene sostituito da quello del dissenso), di corruzione (dove la ricostruzione del fatto incriminabile prescinde dal collegamento della dazione o promessa con un "atto" anche inteso nella sua possibile massima estensione), di corruzione in atti giudiziari (ove la disarticolazione del modello legale viene paradossalmente "giustificata" in base ad una "interpretazione letterale"), di sfruttamento della prostituzione (ove nel concetto di prostituzione viene inclusa anche quella telematica), di tentativo di rapina impropria (ove il "tradimento" del senso della fattispecie legislativa viene giustificato con la "prevedibilità delle decisioni giudiziarie"), di estensione della aggravante ad effetto speciale del danno grave della bancarotta (art. 219, comma 2 L. F.) espressamente contemplata solo per la bancarotta dell'imprenditore individuale anche alle ipotesi di bancarotta dell'amministratore e finanche, in via di integrazione palesemente analogica, alla c.d. "bancarotta societaria", "per evitare irragionevoli disparità di trattamento". E l'elenco potrebbe continuare.

Un recentissimo esempio è costituito da quel filone giurisprudenziale in materia di limiti alla punibilità del “concorso incrociato” tra emittente ed utilizzatore delle false fatture che ha costruito una serie di limitazioni alla regola della non punibilità ex art. 9 d.lgs. n. 74 del 2000, proprio per colmare un vuoto di tutela non corrispondente all’effettivo disvalore del comportamento di colui che abbia istigato o comunque ad altro titolo sia concorso con l’emittente e non abbia poi utilizzato la falsa fattura. Vuoto di tutela che il legislatore, nella relazione di accompagnamento alla legge, aveva espressamente giustificato con gli indirizzi di politica criminale che egli intendeva perseguire.

Non mancano poi esempi di decisioni ispirate alla soddisfazione di veri o presunti bisogni di pena emergenti in seno alla comunità sociale, sempre in funzione della tutela di beni altamente significativi di sicuro rilievo costituzionale e quindi implicitamente facendosi scudo di una interpretazione conforme a Costituzione. Si pensi alla valorizzazione del dolo eventuale in contesti tradizionalmente coperti dalla responsabilità colposa, come anche alla costruzione del paradigma della colpa indipendentemente dalla riconoscibilità, da parte del soggetto agente, della regola cautelare impeditiva dello specifico evento lesivo verificatosi, al momento del fatto ancora generica e, per così dire, “embrionale”.

Ma la giurisprudenza supera se stessa laddove perviene a soluzioni consistenti in una vera e propria creazione di nuove ipotesi criminose, facendo leva sulle esigenze di tutela di un bene giuridico di sicuro rilievo costituzionale, prescindendo del tutto da un disvalore di condotta legislativamente tipicizzato. È il caso della sentenza ormai conosciuta come *Dolce & Gabbana*, dal nome dei due noti imputati, che ha sancito la rilevanza penale, ai sensi dell’art. 4 d. lgs. n. 74 del 2000 (dichiarazione infedele), della “elusione fiscale”. Uno passaggi chiave della argomentazione è costituito proprio dalla necessità di tutelare il bene costituzionalmente rilevante ex art. 53 del dovere di corrispondere i tributi, compromesso dalle manovre elusive forse ancor più gravemente di quelle evasive in senso stretto. Orbene, rinviando ad altro scritto per una più diffusa critica di questa inaccettabile soluzione, mi preme qui rilevare come questa sentenza rappresenti in maniera emblematica questa nuova frontiera della interpretazione costituzionalmente orientata che ne costituisce una sorta di mostruosa mutazione transgenica e che, con una battuta, potremmo chiamare di interpretazione creativa costituzionalmente orientata sicuramente... incostituzionale! Una interpretazione orientata alla tutela totalizzante di un bene giuridico, sia pure di sicura rilevanza costituzionale, finisce infatti per sfigurare il volto costituzionale della tutela penale che è necessariamente “frammentaria”, per “tipi” di condotte aggressive, dove le “lacune” ne sono caratteristiche fondanti ed ineliminabili. Non si può valorizzare unicamente l’oggetto della tutela a scapito del modo di tutela che la Costituzione scolpisce nei principi di tassatività/determinatezza. E, addirittura, se si potesse, non si sa davvero con quali argomenti, negare la rilevanza costituzionale della tassatività/determinatezza/tipicità, la natura frammentaria della tutela potrebbe ben farsi discendere dal principio di materialità/offensività, nonché da quello di irretroattività, nonché da quello di personalità della responsabilità penale e da quelli in materia di pena. O vogliamo sostenere che anche questi principi non sono affermati nella nostra Carta Fondamentale e non fanno parte di quei principi comuni riconosciuti a livello europeo che tanto piacciono (per vero a corrente alternata) anche alla giurisprudenza “moderna” e alla dottrina che la sostiene? È vero o no che anche di fronte alla necessità di tutelare il supremo bene della vita umana, il legislatore non ricorre ad una formula onnicomprensiva (“chiunque offende il bene della vita”), ma anche qui “limita” la protezione a quelle sole condotte idonee a provocare la morte di un essere umano? E come è possibile “accontentarsi” della “prevedibilità delle decisioni giudiziarie” come surrogato della tassatività / tipicità, se in assenza di tassatività/tipicità la decisione è per definizione imprevedibile?

In realtà, un ritorno alla versione “classica” della interpretazione costituzionalmente orientata potrebbe essere paradossalmente la “vera” innovazione!

E per vero non mancano esempi significativi di pronunce ispirate proprio alla

concezione, per così dire, tradizionale della interpretazione costituzionalmente orientata. Anche se si deve subito anticipare che esse sono rese in settori estranei all'area del c.d. "Diritto penale di lotta".

Tra le più recenti e rilevanti deve essere certamente rammentata quella delle Sezioni Unite (29 maggio 2009, n. 2276) che, pronunciandosi sulla controversa questione del titolo della responsabilità dello spacciatore per la morte del tossicodipendente, ha sottolineato come, proprio in base ad una valorizzazione del principio di colpevolezza contenuto nell'art. 27 Cost., detta responsabilità, riconducibile al disposto dell'art. 586 c.p., possa essere riconosciuta unicamente se in concreto sia ravvisabile la colpa dello spacciatore.

Va poi ricordata quella, ancora delle Sezioni Unite (15 dicembre 2011, n. 33), sul l'esercizio abusivo della professione (art. 348 c.p.) la quale sancisce che il principio costituzionale di tassatività si riferisce non solo alle previsioni contenute direttamente nelle norme penali "ma anche a quelle che ne costituiscono sostanziale integrazione", il che impedisce di dare rilievo ai fini integrativi dell'art. 348 c.p. a norme di carattere indeterminato (regola di giudizio invece "dimenticata" nella sentenza c.d. "Dolce & Gabbana, sulla rilevanza penale dell'elusione di imposta).

Particolare interesse rivestono infine, anche per le aperture che lasciano intravedere in un settore caratterizzato da un radicato immobilismo, due sentenze in materia di bancarotta che valorizzano il principio di responsabilità penale personale e, per certi versi, quello di offensività.

La prima è quella della V sezione penale (8 giugno 2012, n. 42519) che ridisegna l'ambito della responsabilità degli amministratori non delegati (o "non operativi" che dir si voglia) in senso maggiormente conforme al principio di personalità della responsabilità penale, sia con riguardo ai presupposti e limiti della posizione di garanzia (da individuarsi in conformità alle modifiche intervenute nel testo dell'art. 2932 cod. civ.), sia con riguardo al dolo del mancato impedimento dell'altrui fatto illecito, che non potrà farsi automaticamente discendere dalla inosservanza degli obblighi civilistici.

La seconda, sempre della V sezione penale (6 dicembre 2012, n. 47502), la quale riprende i precedenti giurisprudenziali consolidati che qualificano il fallimento come evento del delitto di bancarotta per distrazione, ma, finalmente, ne trae le logiche conseguenze sul piano della grammatica penalistica e, valorizzando — sia pure implicitamente — il principio di personalità della responsabilità penale e di offensività, afferma che "da un lato non può ritenersi che qualsiasi atto distrattivo sia di per sé reato, dall'altro che la punibilità sia condizionata ad un evento che può sfuggire totalmente al controllo dell'agente, e dunque ritorcersi a suo danno senza una compartecipazione di natura soggettiva e, ancor peggio, senza che sia necessaria una qualche forma di collegamento eziologico tra la condotta e il verificarsi del dissesto".

Certo, la prospettiva della efficienza/effettività non dovrà essere trascurata, ma non a prezzo di stravolgere quel bel volto del diritto penale che la nostra Costituzione traccia e che la Corte Costituzionale, con alcune memorabili sentenze, ha tenuto vivo nel tempo. Anzi se ne potrebbe arricchire l'armamentario, proprio in funzione di una maggiore efficienza/effettività del sistema, per esempio utilizzando il principio della tutela penale come estrema *ratio* in funzione interpretativa del "senso" della tipicità di alcune fattispecie incriminatrici che presentano "sottofattispecie" per le quali si potrebbe ritenere sufficiente una tutela diversa da quella penale. Penso a certe malizie contrattuali in linea teorica riconducibili alla truffa, ma per le quali potrebbe essere sufficiente la tutela civile; oppure ancora a certe discussioni un po' accese con comportamenti "sopra le righe" in occasione di controversie patrimoniali o di trattative contrattuali, o a certi litigi tra persone legate affettivamente, ipoteticamente rientranti nel modello legale della violenza privata quando non della minaccia aggravata o della estorsione tentata o consumata, che potrebbero trovare adeguata soddisfazione anch'esse in sede civile. Al di là del rimedio della futura introduzione di una clausola di non punibilità o di non procedibilità per esiguità del fatto che potrebbe comunque non "coprire" tutte le anzi ricordate ipotesi.

Non posso poi fare a meno di riproporre qui una mia idea altrove espressa e che, come è inevitabile, ha raccolto consensi e critiche: quella di abolire alcune definizioni di istituti di parte generale del codice (causalità, dolo, colpa, errore, *aberratio delicti*, *aberratio causae*) che la prassi si mostra refrattaria ad interpretare in chiave costituzionale ed introdurre nel codice una clausola in base alla quale il Giudice può pronunciare sentenza di sussistenza della responsabilità penale solo nel rispetto dei principi costituzionali in materia. Vincolandolo così ad una genuina applicazione costituzionalmente orientata delle norme penali. So che è un'utopia, ma non di solo pane vive il penalista.

Va infine esaminato un ultimo profilo del tema. È noto che ormai anche il diritto sovranazionale ha assunto una posizione di fonte sovraordinata al pari della Costituzione. Ed è altresì noto che anche le norme penali, risultano “legittimamente” applicabili se ed in quanto non confliggenti con le norme europee, che ben possono essere anche di fonte giurisprudenziale (Corte di Giustizia, Corte EDU). I meccanismi che assicurano nella fase giudiziale della concreta applicazione la conformità delle norme penali domestiche al diritto europeo sono — come ben si sa — molteplici: dalla disapplicazione della norma interna incompatibile, al ricorso per interpretazione (magari propedeutico ad una successiva proposizione di questione di legittimità costituzionale), alla “interpretazione conforme”.

Orbene, la problematica che si deve qui affrontare non riguarda i profili costituzionali degli effetti che si producono attraverso la disapplicazione della norma interna incompatibile, sia che avvenga direttamente, sia che avvenga previo ricorso per interpretazione alla Corte di Giustizia, ove il tema più delicato è quello delle conseguenze *in malam partem* della disapplicazione. Anche se si deve subito sottolineare che i confini tra disapplicazione e interpretazione conforme non sono così netti, come la dottrina specialistica della materia ci insegna. Ma piuttosto quello della soluzione da adottare nel caso di esiti contrastanti dell'interpretazione della medesima norma a seconda che si adotti una interpretazione conforme alla Costituzione o una interpretazione conforme al diritto europeo o comunque sovranazionale.

Ciò può verificarsi unicamente — in pratica — nel caso in cui entri nel crogiolo dell'attività decisoria una decisione quadro (emanata fino alla entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che non prevede più tale categoria di atti normativi), oppure una direttiva non dettagliata e quindi non suscettibile di immediata applicazione (caratteristica invece propria delle direttive *self executing*) e di significato inequivoco, sulla quale cioè non sorgano dubbi interpretativi tali da obbligare il Giudice al ricorso per interpretazione.

Ebbene a me sembra indubitabile che nel caso di conflitto tra i due esiti interpretativi, a prevalere debba essere quello che assicura le maggiori garanzie all'imputato o che comunque non si risolve in un aggravamento della sua posizione.

In primo luogo, poiché ritengo che si debba mantenere saldo il principio confermato anche dalla giurisprudenza europea e dalla nostra (e non solo nostra) Corte Costituzionale, per cui dalla applicazione della norma comunitaria/europea non possono mai discendere effetti di peggioramento della condizione del soggetto da giudicare; principio espressamente sancito in ipotesi di applicazione diretta, ma che non può non valere anche in ipotesi di applicazione per via di interpretazione conforme.

In secondo luogo, perché l'intensità di garanzie assicurate a livello europeo non può che essere quella minima accettabile da tutti gli ordinamenti dei Paesi membri; ferma dovendo restare quella eventualmente superiore sancita dai principi costituzionali del singolo Stato membro.

In terzo luogo, perché entra qui in gioco il meccanismo che — come ricorda uno degli specialisti della materia, Carlo Sotis, in un recente lavoro — viene chiamato “margine nazionale di bilanciamento”.

Esempio emblematico, ora risolto in via normativa, è quello delle norme incriminatrici in materia di pedopornografia.

Le norme incriminatrici del nostro codice penale, infatti, e particolarmente quella sulla c.d. “Pornografia virtuale” (art. 600 *quater*.1 c.p.), se lette alla luce della decisione quadro (2004/64 GAI) di riferimento che, come è noto, dava una preoccupante definizione di pornografia, facendovi rientrare (e quindi richiedendo di punire) non solo la pornografia virtuale (“immagini realistiche di un bambino inesistente), ma anche la c.d. “pornografia apparente” (quella dove sono coinvolti soggetti che *appaiono minori*), rischiano di porsi in rotta di collisione con il principio di offensività, se non, addirittura, con quello di materialità, prestandosi ad una interpretazione che finisce per valutare più il disvalore etico che la dannosità sociale del comportamento, quando non gli schemi del diritto penale del tipo di autore (il “pedofilo”). Cosicché se ne sarebbe dovuta recepire una interpretazione in linea con i principi fondamentali della nostra Carta Costituzionale, quali quello di materialità del fatto e di offensività.

Il pericolo appare scongiurato — come la più attenta dottrina non ha mancato di rilevare — dalla sopravvenuta nuova direttiva in materia, sostitutiva della previgente decisione quadro, (direttiva 2011/92/UE) che ora non contempla più quelle ipotesi.

Paradossalmente, però, la medesima problematica sembra riproporsi in relazione alle recenti modifiche apportate al codice penale (e non solo al codice penale) nella medesima materia a seguito della ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d’Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l’abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007.

Già la definizione ivi accolta di pornografia minorile, che vale ad integrare tutte le incriminazioni in materia, fa riaffiorare rischi di interpretazioni non conformi ai principi di un diritto penale realmente ancorato al disvalore del fatto. Infatti se per tale si intende “ogni rappresentazione, con qualunque mezzo, di un minore degli anni diciotto coinvolto in attività sessuali esplicite, reali o simulate, o qualunque rappresentazione degli organi sessuali di un minore di anni diciotto per scopi sessuali”, viene subito da chiedersi quale sia il destino di chi, per finalità di mera soddisfazione personale di pulsioni sessuali, certo moralmente riprovevoli, fotografa di nascosto le parti intime di un bambino mentre la madre gli cambia il costume sulla spiaggia o l’audace topless di una diciassettenne mentre prende il sole. Dovrà rispondere di semplice detenzione di materiale pornografico, o, addirittura di “produzione” dello stesso, ai sensi dell’art. 600 *ter*, punita con la reclusione da sei a dodici anni e la multa da 24 a 240.000 euro per avere “prodotto” materiale pornografico utilizzando minori? Qui già la giurisprudenza formatasi sotto il previgente testo aveva trovato una soluzione ragionevole. Ma dietro questa pervicace insistenza del legislatore, solo una interpretazione conforme ai principi di materialità/offensività che comporta anche una necessaria graduazione della risposta sanzionatoria all’effettiva lesività del fatto, ci può salvare da piratesche incursioni di rigorismi giurisprudenziali giustizialisti.

Non solo, ma, essendo rimasta invariata la fattispecie di “pornografia” virtuale che ne dà una nozione non perfettamente allineata con quella del “nuovo” art. 600 *ter*, ultimo comma c.p., ancora una volta, solo una interpretazione conforme al principio di materialità/offensività potrà arginare applicazioni pratiche dissennate.

E ancora: che dire della nuova fattispecie di “adescamento” di minori a fini pedopornografici o prostitutivi (art. 609 *undecies* c.p.), consistente in qualsiasi atto volto a carpire, anche fraudolentemente, la fiducia del minore per quei poco commendevoli fini e del cui tentativo inevitabilmente si porrà il problema della configurabilità? Chi ci salverà dalla incriminazione di qualche sguardo magari troppo insistito in ragione della avvenenza del soggetto che cade dinanzi al nostro campo visivo, se non una interpretazione conforme ai medesimi principi costituzionali sopra ricordati? Con la residua alternativa di dedicarci tutti ad una sana vita monastica, per il timore di rimanere impigliati nelle maglie di una prassi giurisprudenziale dimentica di una saggia massima elaborata nel secolo scorso da Giandomenico Pisapia e certamente utilizzabile anche in funzione interpretativa, in base alla quale il diritto penale è fatto per gli esseri umani in carne ed ossa e non per i Santi.

Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dalla c.d. Legge Balduzzi.

Sommario

1. PREMESSA. – 2. NATURA ED EFFICACIA DELLE LINEE GUIDA. – 3. ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI SULLE LINEE GUIDA. – 4. I PROTOCOLLI. – 5. LE REGOLE DEONTOLOGICHE. – 6. COLPA GENERICA O COLPA SPECIFICA? – 7. LINEE GUIDA E RESPONSABILITÀ PENALE DEL MEDICO PER COLPA LIEVE. L'ART. 3 DELLA L. 8 NOVEMBRE 2012 N. 189 (LEGGE BALDUZZI). – 8. RISPETTO DELLE LINEE GUIDA E DELLE "BUONE PRATICHE". 9. RISPETTO DELLE LINEE GUIDA E COLPA DELL'AGENTE. – 10. COLPA GRAVE E COLPA LIEVE. – 11. ASPETTI CRITICI DELLA RIFORMA. QUESTIONI DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE. – 12. PRIME APPLICAZIONI GIURISPRUDENZIALI DELLA RIFORMA. – 13. CENNI SUGLI ASPETTI CIVILISTICI DELLA RIFORMA.

1 PREMESSA

Il tema da trattare è strettamente collegato a quello delle regole cautelari per il quale vengono in considerazione tutte le problematiche riguardanti atti di diversa origine e natura diretti a disciplinare lo svolgimento di determinate attività che presentano margini di rischio; si tratta, in particolare, delle linee guida (riguardanti tra le altre l'attività medica) dei protocolli (di più incerta definizione, come vedremo) e delle regole deontologiche (quando le stesse abbiano anche una finalità cautelare: il che non è infrequente).

Queste regolamentazioni (per il momento chiamiamole in questo modo) si inseriscono in un processo, relativamente recente, che, si è detto¹, è diretto alla creazione di regole cautelari specifiche che non discendono da una volontà normativa superiore ma "dall'attività regolativa privata" che può essere spontanea (per es. le linee guida nelle attività mediche anche se è in atto un processo che trova origine anche in atti normativi pubblici) o obbligata (per es. la redazione del piano di sicurezza per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o l'adozione di modelli organizzativi e gestionali per l'esenzione dalla responsabilità dell'ente collettivo).

Non può dirsi che il legislatore si sia completamente disinteressato di questo fenomeno² ma sicuramente gli interventi sono stati, fino ad oggi, disorganici ed episodici e non hanno contribuito a risolvere alcuno dei problemi che, come vedremo, pone il sistema delle linee guida.

Questo processo è visto come realizzazione dell'esigenza di standardizzare il rischio nelle attività pericolose mediante la formulazione di programmi cautelari e si colloca, come è stato affermato³, in una più ampia tendenza diretta alla *formalizzazione* e alla *procedimentalizzazione* delle regole cautelari miranti all'individuazione del rischio in

1. Da F. GIUNTA, *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, 149 (v. p. 154).

2. Possono ricordarsi, tra i testi legislativi che fanno riferimento a linee guida e protocolli, il d.p.r. 13 agosto 1981, che recepiva un accordo collettivo che disciplinava il rapporto di lavoro con i medici e istituiva un gruppo di lavoro per la raccolta delle informazioni necessarie per la definizione di protocolli diagnostici e terapeutici; l'art. 1 comma 28 della legge finanziaria del 1996.

3. Da A. M. BONANNO, *Protocolli, linee guida e colpa specifica*, in *Indice penale*, 2006, 441.

funzione dell'adozione delle misure necessarie a fronteggiarlo efficacemente. Con ovvi effetti positivi sui processi di comunicazione delle buone pratiche in particolare nell'ambito sanitario nel quale, si è detto, le linee guida "costituiscono strumento fondamentale per sviluppare, diffondere ed introdurre nella prassi le conoscenze e le modalità d'intervento più appropriate e condivise ai fini della soluzione di un determinato problema"⁴.

Si tratta di un processo che si inserisce nell'ormai condivisa affermazione della natura normativa della colpa e che ha avuto un particolare sviluppo nella disciplina dell'arte medica per la quale la definizione di "linee guida" per le terapie medico chirurgiche ritenuta maggiormente accreditata a livello internazionale è quella approvata nel 1992 dall'Institute of Medicine di Washington D.C. che così le definisce "raccomandazioni di comportamento clinico, prodotte attraverso un processo sistematico allo scopo di assistere medici e pazienti nel decidere quali siano le modalità di assistenza più appropriate in specifiche circostanze cliniche"⁵.

Non diversa, nella sostanza, è la definizione che delle linee guida forniscono altri Autori. Si è detto⁶, sintetizzando le varie definizioni, che le linee guida sono considerate come "un percorso diagnostico terapeutico ideale, suggerito sulla base della migliore scienza ed esperienza di un dato contesto storico da società scientifiche di prestigio internazionale. Esse nascono per agevolare i medici nel decidere quali siano le modalità di assistenza più adeguate a fronte di determinati quadri patologici".

E' peraltro da rilevare che le linee guida non sono esclusive per l'esercizio dell'arte medica essendo utilizzate per lo svolgimento delle più svariate attività che presentino margini di rischio: possono ricordarsi, in particolare, l'esercizio delle attività societarie, produttive, finanziarie, sportive ecc.⁷. E non mancano casi nei quali il legislatore ha ritenuto di definire le linee guida: così è avvenuto ad opera del d. lgs. 9 aprile 2008 n. 81, sulla sicurezza del lavoro, che, all'art. 2 lett. z le ha così definite: "atti di indirizzo e coordinamento per l'applicazione della normativa in materia di salute e sicurezza predisposti dai Ministeri, dalle Regioni, dall'ISPELS e dall'INAIL e approvati in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano".

E' un processo che va visto con favore anche se l'esperienza di questi ultimi anni ha dimostrato l'esistenza di rischi dovuti alla insufficienza dei controlli sulla validità scientifica delle linee guida nei vari settori ed in particolare in quello medico, sulla conducibilità, spesso riscontrata, della formazione delle linee a enti o soggetti in palese

4. Così E. TERROSI VAGNOLI, *Le linee guida per la pratica clinica: valenze e problemi medico-legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 1999, 189. L'Autrice così sintetizza efficacemente gli obiettivi cui è diretta la diffusione delle linee guida nell'ambito medico: promozione delle conoscenze sui percorsi terapeutico-diagnostici e sulle migliori tecnologie disponibili; riduzione della variabilità dei comportamenti medici; controllo dei costi dei trattamenti; trasferimento dei risultati della ricerca scientifica nella pratica clinica; tutela del paziente e del sanitario.

5. Si vedano, per il richiamo a questa definizione, G. MARRA, *L'osservanza delle c.d. "linee guida" non esclude di per sé la colpa del medico*, in *Cass. pen.*, 2012, 557 e A. ROIATI, *Linee guida, buone pratiche e colpa grave: vera riforma o mero placebo*, in *Dir. pen. e processo*, 2013, 216 (a p. 222).

Un'ampia ricostruzione dello sviluppo che le linee guida hanno avuto negli Usa, nel Regno Unito e in Olanda (con cenni che riguardano altri stati) è contenuta nel saggio di A. R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Torino, 2012 (v. in particolare p. 26 ss.). Per le esperienze riguardanti Australia, Nuova Zelanda, Canada, Olanda, Regno Unito e Stati Uniti v. E. TERROSI VAGNOLI, *Le linee guida per la pratica clinica*, cit., 207 ss.

In precedenza, limitatamente all'esperienza statunitense, v. V. FINESCHI e P. FRATI, *Linee-guida: a double edged-sword. Riflessioni medico-legali sulle esperienze statunitensi*, in *Riv.it.med.leg.*, 1998, 665.

Si veda inoltre, sulle linee guida in campo medico, il recente ed ampio studio di M. CAPUTO, *Filo d'Arianna o flauto magico? Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *Dir. pen. cont.*, 16 luglio 2012 e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 875, nonché la parte dedicata a questo tema (p. 285 ss.) nel recente saggio di G. PAVICH, *La colpa penale*, Milano, 2013, il quale rimarca la distinzione tra le linee guida che trovano origine in fonti di carattere normativo generale e quelle che si fondano su fonti di carattere scientifico convenzionale.

6. Da parte di P. PIRAS e A. CARBONI, *Linee guida e colpa specifica del medico*, in *Medicina e diritto penale*, a cura di S. CANESTRARI, F. GIUNTA, R. GUERRINI e T. PADOVANI, Pisa, 2009, 285 (v. p. 287).

7. Se ne veda l'elenco proposto da A. M. BONANNO, *Protocolli, linee guida e colpa specifica*, cit., 443 ss.; l'Autrice ricorda anche le linee guida riguardanti le donazioni di sangue, l'attività medico sportiva, l'attività infermieristica. Per la valutazione delle micro permanenti, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 32 commi 3 ter e 3 quater della l. 24 marzo 2012 n. 27, si veda lo scritto di G. CANNÀVO e L. MASTROBERTO, *Legge 24 marzo 2012 n. 27. Linee guida per i medici legali*, in *Danno e responsabilità*, 2012, 684, che riporta in calce le linee guida riguardanti la valutazione delle micropermanenti approvate dall'associazione Melchiorre Gioia e rivolte ai medici legali.

2 NATURA ED EFFICACIA DELLE LINEE GUIDA

conflitto d'interessi, sulla frequente contraddizione tra linee guida che divergono sulle modalità di trattamento della medesima patologia⁸. E da parte di altri Autori⁹ si è sottolineato come, nell'utilizzazione delle linee guida, vada tenuto conto anche della necessità che le linee guida non costituiscano lo strumento per porre in essere la c.d. "medicina difensiva" sia in senso attivo (disporre analisi e trattamenti non necessari per evitare future responsabilità) che passivo (evitare determinati pazienti o determinati interventi) e si tenga altresì conto delle differenze esistenti nelle popolazioni tra le quali sono state elaborate.

Se si riflette sulle circostanze che la colpa generica si rifà a regole sociali qualche volta non ben determinate e che, nelle fattispecie causalmente orientate di natura colposa, la tipicità è descritta sostanzialmente (oltre che dall'evento cagionato) dalle regole cautelari violate il processo espansivo della predeterminazione di regole scritte con funzione cautelare è un fenomeno i cui aspetti positivi sono certamente rilevanti per assicurare la determinatezza delle fattispecie.

Occorre prendere atto che in dottrina non si è ancora trovata una soluzione condivisa sul problema della natura delle linee guida: se si tratti di regole di condotta standardizzate ovvero se costituiscano soltanto fonti di cognizione delle regole di condotta che i medici devono seguire per il trattamento delle diverse patologie; ovvero ancora se abbiano prevalente valore di aggiornamento professionale¹⁰. Ovvie le conseguenze sul piano penale perché l'efficacia vincolante delle linee guida si attenua sempre più in relazione alla natura che ad esse si attribuisce e alla fonte da cui provengono da cui deriva anche il loro fondamento scientifico e quindi la loro affidabilità.

Trattando più specificamente delle linee guida che disciplinano l'attività medico chirurgica è anzitutto da rilevare una differenza rispetto alle comuni regole cautelari che disciplinano altre attività e che sono caratterizzate da una rigidità applicativa che non può essere violata senza incorrere in responsabilità.

Come è stato infatti sottolineato¹¹, difettano nell'esercizio dell'arte medica (a differenza di quanto avviene nella circolazione stradale e nelle attività d'impresa potenzialmente rischiose) i presupposti per la formulazione di regole standardizzate inderogabili per le diverse caratteristiche che spesso hanno i singoli casi: non sempre il rischio è ripetibile perché le situazioni di rischio variano continuamente (così si esprime efficacemente l'Autore: "*non esistono malattie, ma malati*"); la regola cautelare è spesso soggetta a mutamenti ed evoluzioni derivanti dal progresso scientifico e questi mutamenti sono spesso così rapidi da non consentire un immediato aggiornamento delle linee guida; in queste attività è diffusa la partecipazione all'attività in questione di soggetti interagenti portatori di conoscenze diverse; è frequente la coesistenza "*di più alternative di cura tutte scientificamente convalidate per una stessa identica, malattia il cui impiego finisce per dipendere dalle particolarità del caso concreto*".

Proprio per le già ricordate caratteristiche del corpo umano – sempre diverse e

8. Si vedano le considerazioni introduttive al saggio di M. CAPUTO, *Filo d'Arianna o flauto magico? Linee guida e checklist*, cit., 878 ss. Per l'esemplificazione di casi nei quali le case farmaceutiche, negli Usa, hanno influito, con la partecipazione di ricercatori ad esse collegati, sulla formazione delle linee guida si legga l'istruttivo articolo di C. SEIFE, *La ricerca farmaceutica è affidabile?* comparso sulla rivista *Le scienze*, febbraio 2013, p. 31. Per ulteriori approfondimenti su questo aspetto – astrattamente idoneo a sconvolgere l'affidabilità delle linee guida – v. gli Autori citati da A. R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario*, cit., 148 (nota 17).

9. Si vedano P. PIRAS e A. CARBONI, *Linee guida e colpa specifica del medico*, cit., 290 ss.

10. Si veda la ricostruzione che di queste tendenze compie T. CAMPANA, *La correlazione tra inosservanza e/o applicazione delle "linee guida" e responsabilità penale del medico*, in *Cass. pen.*, 2012, 547 (v. p. 551 ss.). Le fonti normative delle linee guida vengono esaminate da M. CAPUTO, *Filo d'Arianna o flauto magico? Linee guida e checklist*, cit., 885 ss., il quale esamina anche il problema dell'esatta collocazione di esse nel sistema delle fonti.

11. Da R. BARTOLI, *Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica. Punti fermi e tendenze evolutive in tema di causalità e colpa*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, a cura di R. BARTOLI, Firenze, 2010, 75 (v. p. 117 ss.). Si veda inoltre, sulla medesima lunghezza d'onda, T. FEOLA, *Linee-guida e responsabilità professionale*, in *Minerva medicolegale*, 2004, n. 1, 1, al quale si rinvia anche per la descrizione delle modalità di formazione delle linee guida.

irriproducibili – le linee guida che disciplinano l'esercizio dell'arte medica hanno invece caratteristiche di flessibilità che le rendono di volta in volta adattabili (o rendono necessario che si adattino) al caso specifico che il medico si trova ad affrontare. Insomma la medicina non è una scienza esatta come la fisica e la chimica e in essa gioca un ruolo fondamentale la variabilità individuale dei pazienti che non può non influire significativamente sulla elasticità di applicazione delle linee guida. Il che, tra l'altro, renderebbe auspicabile (come già in parte avviene) che le linee guida dessero atto della maggior significatività che in taluni aspetti può avere proprio la variabilità individuale.

Così da potersi affermare, in conclusione, che la violazione delle linee guida non sempre costituisce fonte di responsabilità – quando le caratteristiche del caso affrontato rendevano plausibilmente necessario adottare una diversa strategia terapeutica o chirurgica – e che il rispetto formale delle linee guida non sempre esonera da responsabilità quando il medico non abbia tenuto conto di specificità che caratterizzavano la patologia del paziente e che avrebbero dovuto indirizzare per una terapia diversa o per completare quella prevista dalle linee guida con ulteriori interventi. Con la conclusione che le linee guida, quando abbiano natura cautelare, costituiscono regole cautelari “improprie” (non garantiscono sempre il risultato salvifico) ed “elastiche” (richiedono la necessità di adattamento ai singoli casi).

Conclusioni condivise anche dalla dottrina medico legale essendosi affermato¹² che *“le linee guida non possono e non debbono essere considerate alla stregua di rigidi precetti, bensì come indicazioni operative di massima, che la situazione clinica del singolo caso può, di volta in volta, imporre di ‘accantonare’”*. E lo stesso Autore sottolinea la doverosità dello scostamento dai paradigmi generali delle linee guida *“qualora il singolo caso differisca significativamente dallo standard classico sotteso alle linee guida”* aggiungendo che le linee guida *“non possono essere considerate come delle gabbie nelle quali costringere l'oggettivamente irrinunciabile flessibilità operativa della pratica clinica, ma come strumenti atti a facilitare e a razionalizzare... l'iter decisionale del medico, segnatamente sotto il profilo dell'efficacia e dell'efficienza”*.

Di più: quando siano conosciute opzioni terapeutiche alternative – purché convalidate da sperimentazioni scientificamente condotte e la cui efficacia non abbia trovato smentite che valgano a porne in dubbio l'efficacia – non può essere ritenuto in colpa il medico che abbia compiuto una scelta terapeutica difforme dalle linee guida ma plausibile e responsabile per le caratteristiche indicate. E salvo l'obbligo di ottenere il consenso informato del paziente; consenso il cui ottenimento, peraltro, secondo l'opinione prevalente, non ha finalità cautelari anche se non manca chi ricostruisce l'illiceità del trattamento sanitario eseguito in assenza di consenso come condotta colposa perché la colpa consisterebbe proprio nella mancata acquisizione del consenso informato¹³.

Un solo accenno ad un ulteriore problema che non risulta essere mai stato affrontato dalla giurisprudenza in Italia: che cosa avviene nel caso in cui le linee guida siano errate (o non siano state aggiornate da chi ne aveva l'obbligo o se n'era assunto l'impegno) e da questo errore sia derivato un danno al paziente? Non è un'ipotesi astratta perché nella giurisprudenza nordamericana è già avvenuto che, in due casi¹⁴, gli estensori di linee guida errate fossero ritenuti responsabili (unitamente ai medici che le avevano seguite) dei danni riportati dai pazienti.

12. Da parte di F. BUZZI, *Formulazione e comunicazione della diagnosi: aspetti medico legali e risvolti deontologico-relazionali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2005, 32.

13. Si veda in questa ottica P. VENEZIANI (*I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*; Tomo II, *I delitti colposi*, Cedam, 2003, p. 308 ss.) il quale configura la condotta del medico, che non acquisisca il consenso informato del paziente, come uno sconfinamento dall'area del rischio consentito. Secondo F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 377 (v. p. 405), costituisce violazione di regole cautelari la condotta del medico che abbia dimenticato di acquisire il consenso del paziente, abbia fornito un'informazione inadeguata, abbia trascurato di verificare se il paziente ha compreso le caratteristiche dell'intervento ecc. *Contra*, da ultimo, nella giurisprudenza di legittimità, Cass., sez. IV, 16 gennaio 2008 n. 11335, Huscher (in *Dir. pen. e proc.*, 2009, 66, con nota di G. PIETRA, *Trattamento medico-chirurgico arbitrario: un'assenza legislativa non più tollerabile*) che ha escluso che la mancata acquisizione del consenso costituisca violazione di una regola cautelare.

14. Se ne veda la sintesi riportata da E. TERROSI VAGNOLI, *Le linee guida per la pratica clinica*, cit., 227.

La giurisprudenza di legittimità si è uniformata, in linea di massima, a questi principi¹⁵. Può ricordarsi la sentenza¹⁶ che ha annullato la decisione d'appello che (modificando quella di primo grado) aveva assolto il medico che aveva dimesso il paziente colpito da infarto (e successivamente deceduto per la medesima causa) attenendosi alle linee guida ma senza tener conto delle caratteristiche della patologia che aveva colpito il malato che aveva subito un infarto molto esteso, aveva avuto una funzionalità meccanica residua assai compromessa e presentava gravi elementi di rischio. Tra l'altro la sentenza annullata parlava genericamente di "linee guida" senza indicarne la fonte, senza precisare se provenissero da enti o associazioni qualificate o dall'amministrazione ospedaliera e, infine, senza chiarire se fossero predisposte per limitare le giornate di degenza o per altre finalità.

In altro caso esaminato dal giudice di legittimità¹⁷ è stata confermata la condanna del cardiologo che, nell'eseguire una visita ad un giovane atleta (poi deceduto nel corso di una partita di calcio), si era attenuto ai protocolli non eseguendo e non richiedendo un approfondimento di secondo livello della situazione cardiaca malgrado le riscontrate anomalie del tracciato elettrocardiografico.

Si pone quindi, nell'utilizzazione delle linee guida, un problema fondamentale inesistente per le regole cautelari di origine normativa e più attenuato per quelle che trovano la loro fonte in ordini o discipline e per quelle la cui violazione integra la colpa generica: il problema della provenienza delle linee guida essendo evidente la necessità che le linee guida – per poter acquisire un effetto relativamente vincolante per il medico – provengano da soggetti qualificati, cioè siano state fornite da *"enti, istituzioni, società scientifiche che si sono presentate nell'arengo scientifico con le carte in regola perché venga loro riconosciuta l'autorità necessaria per formulare consigli, prescrizioni, raccomandazioni in singoli settori dell'attività sanitaria"*¹⁸. Insomma l'indipendenza e l'autorevolezza di chi ha formato le linee guida incide inevitabilmente sulla loro validità e sulle conseguenze della loro violazione.

In quest'ottica la quarta sezione della Corte di cassazione è pervenuta¹⁹ alla conferma della sentenza di assoluzione dei medici che – nella difficile opera del bilanciamento tra il rischio emorragico e quello tromboembolico nella fase prossima ad un intervento chirurgico – si erano attenuti alle "linee guida" indicate in un trattato di cardiologia riconosciuto valido a livello mondiale. E analogamente è stata invece annullata la sentenza di conferma della condanna in un caso²⁰ in cui i giudici di merito non avevano verificato se l'accertamento omissivo (si trattava di un caso relativo ad un trauma cranico in cui l'indagine radiologica non aveva evidenziato l'esistenza di un ematoma subdurale che sarebbe stata invece evidenziata dalla TAC) fosse previsto dalle linee guida in un caso di apparente non gravità del caso.

15. Per una ragionata rassegna di numerosi casi nei quali il giudice di legittimità ha esaminato ipotesi nelle quali veniva in considerazione l'adeguamento della condotta del medico a linee guida o protocolli v. A. R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario*, cit., 11 ss. (alle p. 22 ss. è contenuta anche un'ampia rassegna su questi temi della giurisprudenza civile di legittimità).

16. Si tratta di Cass., sez. IV, 23 novembre 2010 n. 8254, Grassini, in *Cass. pen.*, 2012, 542 (con note di T. CAMPANA, *La correlazione tra inosservanza e/o applicazione delle "linee guida"*, cit., e di G. MARRA, *L'osservanza delle c.d. "linee guida" non esclude di per sé la colpa del medico*, cit.); in *Dir. pen. e proc.*, 2011, 1223, con nota di F. CONSORTE, *Colpa e linee guida*; in *Foro it.*, 2011, II, 416, con nota di A. DI LANDRO, *Linee guida e colpa professionale*.

La sentenza Grassini ha fornito lo spunto per una forte polemica avviata da un duro comunicato della ANAEO Assomed (associazione dei medici dirigenti), riportato sui maggiori quotidiani nazionali del 4 marzo 2011, con il quale, pur ammettendo che le linee guida non possono essere l'unico strumento del medico per indirizzare il trattamento terapeutico, si critica che *"la giurisprudenza di fatto tolga valore e autorevolezza allo strumento delle linee guida e dei protocolli, affidando quasi tutto alla responsabilità soggettiva del medico"*. Critica che sembra denotare una frettolosa lettura della sentenza che individua uno degli elementi di illogicità proprio nella mancata indicazione della provenienza delle linee guida.

Ma quello delle precoci dimissioni del paziente in conformità a linee guida tese al risparmio più che alla salute del paziente è un tema che non riguarda solo l'Italia; si veda il caso ricordato da V. FINESCHI e P. FRATI, *Linee-guida: a double edged-sword*, cit., 670, riguardante la giurisprudenza della California.

17. Si tratta della sentenza Cass., sez. IV, 5 giugno 2009 n. 38154, Ronzoni, in *Cass. pen.*, 2011, 2570, con nota di G. MACCARI, *Interferenze tra causalità materiale e causalità della colpa nella diagnostica medica*.

18. Così P. PIRAS e A. CARBONI, *Linee guida e colpa specifica del medico*, cit., 287.

19. Si veda la sentenza 2 marzo 2007 n. 19354, Duce e altri, inedita.

20. Si tratta dell'ipotesi esaminata da Cass., sez. IV, 8 giugno 2006 n. 24400, Cardillo e altro, inedita.

In base ai medesimi criteri è stata invece confermata²¹ la sentenza d'appello che – nel caso di un omicidio volontario commesso da un paziente affetto da patologia psichiatrica – aveva ritenuto la partecipazione colposa del medico psichiatra curante che aveva inizialmente dimezzato e poi eliminato totalmente, senza sottoporre il paziente ad osservazione, la somministrazione di un farmaco neurolettico violando palesemente le regole previste da autorevoli studi svolti anche a livello internazionale (nella sentenza di primo grado vengono riportate le linee guida dell'*American Psychiatric Association* che si esprimono in questo senso) che prevedono che la riduzione del farmaco neurolettico non sia effettuata per percentuali superiori al venti per cento ogni volta e che gli intervalli tra queste progressive riduzioni debbano durare tra i tre e i sei mesi.

Di recente (e prima dell'innovazione legislativa di cui parleremo più avanti) una completa ricostruzione del quadro della giurisprudenza di legittimità sulle linee guida è stato operato da Cass., sez. IV, 11 luglio 2012 n. 35922, Ingrassia²².

4 I PROTOCOLLI

La differenza tra protocolli e linee guida non è mai stata ben chiarita e le distinzioni che vengono fatte non sono tali da individuare criteri distintivi di natura sostanziale. Secondo un Autore²³ le linee guida *“al di là dei nominalismi, vanno distinte dai protocolli: le prime infatti hanno valore tendenziale, mentre i secondi sono ben più precisi e vincolanti”*. E analogamente si è affermato²⁴ che le linee guida si *“distinguono dai protocolli sotto il profilo della specificità dei contenuti, perché a differenza di questi ultimi, le linee guida definiscono direttive generali relative al compimento di una determinata operazione, o per la conduzione di una specifica di atto diagnostico o terapeutico”*. Ancora si è precisato²⁵ che *“il termine protocollo indica, in senso generale, un predefinito schema di comportamento diagnostico-terapeutico... generalmente con questo termine ci si riferisce ad una sequenza di comportamenti assai ben definiti come occorre, ad esempio, all'interno di un programma di ricerca clinica”*.

Altri²⁶, mentre fanno propria per le linee guida nel settore medico la già ricordata definizione dell'*Institute of Medicine* statunitense, per i protocolli richiamano la definizione di altri Autori²⁷ secondo i quali essi prevedono *“rigidi schemi di comportamento diagnostico e terapeutico, tipici di un programma di ricerca clinica sperimentale elaborato per assicurarne la riproducibilità e quindi l'attendibilità scientifica”*. Il medesimo Autore richiama anche, differenziandoli da linee guida e protocolli, i *percorsi* che sarebbero maggiormente caratterizzati in senso multidisciplinare relativamente al coordinamento delle cure e gli *standard* che servono a indicare valori massimi e minimi di riferimento (c.d. *“valori soglia”*).

21. Da Cass., sez. IV, 14 novembre 2007 n. 10795, Pozzi, in *Riv. pen.*, 2008, 1332, con nota di S. CRIMI, *Concorso colposo nel delitto doloso: intersezioni e cointeressenze tra causalità e colpa, violazione dello scopo di protezione della norma, posizioni di garanzia ed orizzonti del principio dell'affidamento*.

22. Pubblicata in *Guida al diritto*, 2012, n. 40, 62; in *Cass. pen.*, 2013, 1887, con osservazioni di M. G. FERRARO; in *Dir. pen. e processo*, 2013, 191, con nota di L. RISICATO, *Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto*; in *Giur. it.*, 2013, 931, con nota di G. DEBERNARDI, *Sulla rilevanza delle “linee guida” nella valutazione della colpa medica*; in *Giust. pen.*, 2013, II, 129, con nota di P. PIRAS e A. CARBONI, *La Cassazione interviene funditus sulle linee guida mediche*.

23. Si veda F. GIUNTA, *Medico (responsabilità penale del medico)*, in *Diritto penale*, a cura di F. GIUNTA, *Dizionari sistematici*, Milano, 2008, 876 (v. p. 881). Lo stesso Autore, nel più recente scritto *Il reato colposo nel sistema delle fonti* (in *Giust. pen.*, 2012, II, 577), premesso che protocolli e linee guida sono concetti che rientrano entrambi nella nozione di *discipline* di cui all'art. 43 c.p. precisa che il protocollo *“è l'applicazione di un razionale scientifico o esperienziale rispetto a uno specifico fattore di rischio; si può dire, pertanto, che esso rilascia autentiche regole cautelari, ossia prescrive comportamenti con funzione preventiva”*. Le linee guida invece *“solitamente prescindono dalla verifica del razionale scientifico; per questa ragione esse presentano un profilo prevalentemente metodologico non vincolante, fungendo da raccomandazioni... Le linee guida, dunque, non costituiscono autentiche regole cautelari, ma possono delimitare l'ambito del rischio consentito nei limiti in cui non smentiscono i protocolli”*.

24. Da parte di T. CAMPANA, *La correlazione tra inosservanza e/o applicazione delle “linee guida”*, cit., 550. Anche secondo G. MARINUCCI e E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012, 320, si parla di *“protocolli”* quando le linee guida *“sono molto dettagliate, delineando un predefinito schema di comportamento”*.

25. Da parte di E. TERROSI VAGNOLI, *Le linee guida per la pratica clinica*, cit., 194.

26. Si veda A. R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario*, cit., 8 ss.

27. Così citati: FEDERSPIL-SCANDELLARI, *Le linee-guida nella pratica clinica: significato e limiti*, in *Professione. Sanità pubblica e medicina pratica*, 1996, 4, 6.

La differenza tra linee guida e protocolli consisterebbe quindi, secondo questa ricostruzione, nella genericità delle prime e nella maggiore specificità dei secondi; ma non sembra che si tratti di criteri utili per riaffermare una distinzione qualitativa tra le due categorie e ciò è confermato dalla circostanza che, sia in dottrina che in giurisprudenza, i due concetti tendono spesso a sovrapporsi e, il più delle volte, i due termini vengono utilizzati indifferentemente e addirittura in relazione alla medesima disciplina.

Per un esempio di questa sovrapposizione può citarsi, in dottrina, la definizione che è stata data²⁸ delle linee guida (affermandosi che “*con il termine guidelines s’intendono, come noto, i protocolli operativi redatti da autorevoli fonti scientifiche – non di rado comitati costituiti ad hoc – volti ad agevolare le decisioni del medico indirizzandolo verso l’adozione della procedura diagnostica e terapeutica ritenuta più efficace alla luce delle conoscenze tecnico-scientifiche del momento*”). Non è del resto infrequente trovare precise regole di cautela nelle linee guida (si veda la precisa scansione temporale riportata nella ricordata sentenza Pozzi per la riduzione graduale del trattamento farmacologico) e, per converso, direttive di carattere generale inserite nei protocolli.

Vengono spesso assimilate ai protocolli le c.d. *checklist*²⁹ costituite (ma non solo) da comportamenti necessari e sistematici che devono essere adottati in sequenza “spuntando” ogni volta l’adempimento prescritto e che si sono dimostrate di grande efficacia, per es., per ridurre le infezioni in ambito ospedaliero o per comunicare tra i componenti di un’*équipe* le possibilità di individuare i segnali di allarme ed intervenire immediatamente.

Ancora: viene assimilato a linee guida e protocolli il concetto di *standard* riferito³⁰ “a valori ‘soglia’ (minimi e massimi) di un determinato indicatore, o a frequenze di offerta di un certo servizio o, ancora, a performance per un determinato intervento”.

5

LE REGOLE DEONTOLOGICHE

Si è già detto che le regole deontologiche – definibili come le regole di cui varie categorie professionali si dotano per disciplinare, anche da un punto di vista etico, l’esercizio dell’attività svolta – non hanno, in linea di massima, natura cautelare né rilievo esterno rispetto alle categorie interessate. Però nel tempo la loro efficacia si è ampliata anche se non risultano ancora risolti i problemi relativi al loro inquadramento teorico³¹.

Vi sono infatti casi ai quali la dottrina attribuisce valore contrattuale o consuetudinario e quando il codice deontologico è espressamente richiamato dalla legge la regola deontologica può assumere la qualità di fonte integrativa della norma di legge che consente di dedurre il vizio di violazione di legge davanti al giudice di legittimità³². Esistono anche casi inversi nei quali la regola deontologica può essere, almeno in parte, diversa da quella stabilita in generale da una fonte normativa; non è un caso di scuola: si pensi alla diversa disciplina che i codici deontologici di talune professioni riservano

28. Da parte di D. MICHELETTI, *La colpa del medico. Prima lettura di una recente ricerca “sul campo”*, in *Criminalia*, 2008, 171 (v. p. 203). La sostanziale omogeneità tra i due concetti è affermata anche da C. VALBONESI (*Linee guida e protocolli per una nuova tipicità dell’illecito colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 250) secondo cui “*sebbene sia necessario sottolineare la differenza che intercorre fra linee guida e protocolli, tuttavia fra questi non vi è una cesura: anzi, i protocolli clinici costituiscono il naturale sviluppo delle linee guida, contribuendo a meglio definire il grado di determinatezza delle indicazioni terapeutiche fornite*” (p. 270).

29. Sulla cui natura e funzione vedi le considerazioni di M. CAPUTO, *Filo d’Arianna o flauto magico? Linee guida e checklist*, cit., 907 ss. A questa categoria possono, forse, essere ricondotte le procedure previste per evitare la c.d. “derelizione di oggetti” all’interno del corpo umano a seguito di interventi chirurgici e sulle quali v. le considerazioni (anche in merito alle ripartizioni di responsabilità all’interno dell’*équipe* chirurgica) di A. ROIATI, *Il ruolo del sapere scientifico e l’individuazione della colpa lieve nel cono d’ombra della prescrizione*, in *Dir. pen. cont.*, 20 maggio 2013, 11 ss.

30. Secondo la definizione che ne dà E. TERROSI VAGNOLI, *Le linee guida per la pratica clinica*, cit., 194, la quale precisa (v. nota 5) che “*il termine standard ha finito per assumere un significato chiaramente normativo cui si associa frequentemente un giudizio esplicito di qualità dell’assistenza*”.

31. Per un recente contributo su questi temi, attento in particolare ai codici deontologici che riguardano la professione forense e ai riflessi sulla responsabilità civile, v. M. FRANZONI, *Violazione del codice deontologico e responsabilità civile*, in *Danno e responsabilità*, 2013, 121, il quale sottolinea come escludere “*che i codici deontologici siano regole di diritto positivo non significa automaticamente attribuire loro l’efficacia delle regole della morale*” dovendosi pur sempre rapportare, l’errata applicazione del codice deontologico, alla violazione dell’art. 1176 c.c. (diligenza nell’adempimento delle obbligazioni).

32. Si veda, in questo senso, in relazione al codice deontologico forense, Cass., sez. un., 20 dicembre 2007 n. 26810, in *Foro it.*, 2009, I, 3167, con nota di G. SCARSELLI, *La responsabilità civile del difensore per l’infrazione della norma deontologica*. Con questa decisione è stato superato il precedente contrario orientamento delle medesime sezioni unite civili (v. sentenza 10 luglio 2003 n. 10842, *id.*, 2003, I, 2985).

alla concorrenza o alla pubblicità rispetto alle regole ordinarie che riguardano le altre attività economiche o professionali.

Nel caso della deontologia medica la specificità di questa professione, diretta alla salvaguardia della salute del paziente, ha portato a smentire la regola generale e, di fatto, i codici che disciplinano questo aspetto, sono ricchi di regole a natura cautelare che dunque non possono non avere rilevanza anche esterna. E si è sottolineato³³ come le norme della deontologia medica abbiano superato la “tradizionale connotazione corporativistica” per rivolgersi decisamente “all’attuazione di finalità di interesse pubblico, pertinenti alla protezione del bene – costituzionalmente rilevante – della salute del malato”.

Per esempio il codice di deontologia medica approvato il 16 dicembre 2006 dalla Federazione nazionale degli Ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri³⁴ prevede varie regole che hanno natura cautelare: basti richiamare, per averne conferma, gli artt. 13 (accertamenti diagnostici e trattamenti terapeutici) e 14 (sicurezza del paziente e prevenzione del rischio clinico).

Queste norme, sia pure in termini estremamente generali (come è ovvio), indicano linee di condotta idonee a salvaguardare la salute del paziente quali la necessità che il medico si ispiri “ad aggiornare e sperimentare acquisizioni scientifiche”, acquisisca “una adeguata conoscenza della natura e degli effetti dei farmaci, delle loro indicazioni, controindicazioni, interazioni e delle reazioni individuali prevedibili”; fa divieto di adottare e diffondere terapie e presidi diagnostici “non provati scientificamente o non supportati da adeguata sperimentazione e documentazione clinico-scientifica” e lo stesso divieto impone per le terapie segrete. Prevede che il medico operi al fine “di garantire le più idonee condizioni di sicurezza del paziente” e di prevenire e gestire il rischio clinico; nel caso di evento avverso impone al medico di mettere in atto “i comportamenti necessari per evitarne la ripetizione”³⁵.

Ma anche in settori diversi dalla responsabilità medica è stata riconosciuta la rilevanza esterna delle norme contenute nei codici deontologici. Per es. del codice deontologico forense del 17 aprile 1997 nel caso di violazione dell’art. 19 (divieto del c.d. “accaparramento del cliente”) per il quale la cassazione penale³⁶ ha ritenuto la rilevanza anche al fine della responsabilità penale di un terzo estraneo alla categoria professionale ai fini della configurazione del delitto di abuso di ufficio. E anche la giurisprudenza civile di legittimità³⁷ si è espressa nel medesimo senso ritenendo che “le norme del codice deontologico approvato dal Consiglio nazionale forense il 14 aprile 1997 si qualificano come norme giuridiche vincolanti nell’ambito dell’ordinamento di categoria, che trovano fondamento nei principi dettati dalla legge professionale forense”.

6

COLPA GENERICA O COLPA SPECIFICA?

Un aspetto positivo dell’affermarsi dell’utilizzazione delle linee guida e dei protocolli (possiamo a questo punto affermare che sono la stessa cosa?) è, dal punto di vista delle prassi giurisprudenziali, quello di rafforzare significativamente la tipicità della responsabilità colposa introducendo parametri di riferimento – al fine di valutare il rispetto

33. Da parte di G. IADECOLA, *Le norme della deontologia medica: rilevanza giuridica ed autonomia di disciplina*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, 551, cui si rinvia per l’esame dei temi più rilevanti in tema di deontologia medica.

34. Sul quale v. il commento di F. ANGIONI, *Il nuovo codice di deontologia medica*, in *Criminalia*, 2007, 277.

35. Per ulteriori specificazioni v. G. IADECOLA, *Le norme della deontologia medica*, cit., 555 ss. il quale indica, quali regole a contenuto cautelare, anche le prescrizioni degli artt. 8 (doverosità degli interventi medici di urgenza) e 23 (garanzia di continuità delle cure). Secondo F. ANGIONI, *Il nuovo codice di deontologia medica*, cit., 279, l’intrinseca finalità pubblicistica del codice deontologico, vale a far acquisire al medesimo “rilevanza giuridica esterna, con efficacia erga omnes, in particolare nel campo del diritto civile e del diritto penale”.

Di diverso avviso – nel senso di escludere la natura cautelare delle regole deontologiche – è invece D. MICHELETTI, *La colpa del medico. Prima lettura di una recente ricerca “sul campo”*, cit., 205 ss., il quale fonda la sua opinione sulla circostanza che difetta nella regola deontologica “la precisa indicazione del comportamento terapeutico che il medico avrebbe dovuto adottare per evitare l’evento infausto”.

36. V. Cass., sez. VI, 6 luglio 2005 n. 36592, Tarallo, in *Cass. pen.*, 2006, 2073, con nota di M. DE BELLIS, *La Cassazione e la c.d. “doppia ingiustizia” dell’abuso di ufficio nel caso di illecito procacciamento di clienti a favore di avvocato e ad opera di pubblico ufficiale*.

37. Si veda Cass., sez. un., 6 giugno 2002 n. 8225, in *Foro it.*, 2003, I, 244, con osservazioni di L. CARBONE (ivi è riportato anche il testo integrale del codice deontologico forense del 17 aprile 1997).

delle regole di perizia e diligenza – che l'accusa e poi il giudice possono valutare oggettivamente quando le regole siano state stabilite da organi accreditati scientificamente.

Ne consegue una positiva riduzione dei margini di discrezionalità nell'attività giurisdizionale spesso soggetta a pareri contrastanti di periti e consulenti. Non che i margini di discrezionalità vengano completamente eliminati ma si ridurranno alla verifica della plausibilità e correttezza dello scostamento della condotta del medico dai parametri fissati dalle linee guida o dai protocolli.

Si è posto il problema se la violazione di protocolli, linee guida ecc. concretizzi ipotesi di colpa generica o specifica; su questo aspetto esistono in dottrina orientamenti diversi e contrastanti³⁸ mentre la giurisprudenza di legittimità non si è mai espressa in modo ragionato sul punto anche per la sostanziale irrilevanza pratica della soluzione del problema (a differenza di quanto avviene per i reati di lesioni e omicidio colposi commessi con violazione delle regole sulla disciplina della circolazione stradale e sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro). La soluzione del quesito richiede che venga affrontato un problema preliminare: quando l'art. 43 c.p., nel definire il reato colposo, fa riferimento alla violazione di "discipline" intende riferirsi anche alle ipotesi di regolamentazioni provenienti da organismi privati che autodisciplinino la loro attività o richiede comunque che si tratti di una disciplina proveniente da una pubblica autorità (problema che si pone anche in relazione agli "ordini" cui pure l'art. 43 fa riferimento)?

Sul fatto che la disciplina possa provenire anche da un'autorità privata in dottrina v'è sufficiente consenso³⁹ e l'esempio che viene comunemente fatto è quello del regolamento di fabbrica. Si è peraltro richiesto⁴⁰ che comunque la facoltà per i privati di formulare regole cautelari provenga da un'attribuzione di poteri che trovi la sua fonte, anche indiretta, in una legge.

Il problema da risolvere è invece quello di verificare se possano considerarsi "discipline", nel senso di cui all'art. 43, anche quelle che provengono da organismi privati che non hanno alcun potere di supremazia e a questo quesito è stata data risposta positiva da alcuni autori secondo i quali per "discipline" devono intendersi anche quelle approvate da organismi privati per autodisciplinare le loro attività quando il loro esercizio presenti margini di rischio. Si è fatto l'esempio⁴¹ delle federazioni sportive che dettano le regole a salvaguardia dell'incolumità degli atleti, delle aziende che costruiscono meccanismi o prodotti che presentano margini di rischio (per es. elettrodomestici, medicinali ecc.) e che sono tenute a disciplinarne l'uso per evitare danni ai consumatori.

A parere di chi scrive esiste però un problema che rende problematica l'inclusione delle linee guida e dei protocolli nella discipline cui fa riferimento l'art. 43 c.p. e quindi l'inquadramento nella colpa specifica della loro violazione. Occorre chiedersi: è possibile dare una risposta affermativa al quesito quando giurisprudenza e dottrina sono concordi nell'affermazione che l'utilizzo delle linee guida non è obbligatorio (nel senso già precisato) e che comunque l'aver seguito diligentemente le linee guida non è (sempre) sufficiente per escludere la responsabilità dell'agente? È possibile attribuire l'affermazione dell'esistenza della colpa ad un apparato esterno (che, ricordiamolo, nei reati colposi descrive la tipicità) quando questo complesso di regole è costituito non "di ordini calati dall'alto, categorici e definitivi, ma di suggerimenti, di indirizzi motivati ed intesi a tener conto di tutte le istanze talora confliggenti, quali emergono dal mondo dei sanitari, dei pazienti, degli amministratori, dei giuristi"⁴²?

38. Per es., secondo A. R. DI LANDRO (*La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, Torino, 2009), la colpa medica "rappresenta, non a caso, un tipico esempio di colpa generica, la sua fonte trovandosi principalmente in regole non scritte, cioè in regole tecniche o prasseologiche di perizia (c.d. *leges artis*)". Per il diverso orientamento v. gli autori citati alla nota 44.

39. V. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2011, 338; G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2010, 552; T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2008, 207.

40. Da parte di F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2011, 334.

41. V. G. MARINUCCI e E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 314 ss.

42. Sono parole di M. PORTIGLIATTI BARBOS, *Le linee-guida nell'esercizio della pratica clinica*, in *Dir. pen. e processo*, 1996, 891, il quale sulla durata delle linee guida si esprime efficacemente così: "esse sono contingenti", "fornire linee guida è un work in progress". O. DI GIOVINE, *La responsabilità penale del*

E' vero che, anche all'interno della colpa specifica, assume rilievo la distinzione tra regole cautelari "rigide" e regole cautelari "elastiche"⁴³ ma è da rilevare che queste ultime richiedono comunque un'obbligatorietà di adeguamento alla regola sia pure non assoluta (si pensi, nella circolazione stradale, alle norme che disciplinano i limiti di velocità e la distanza di sicurezza). Ma nel caso delle linee guida si dice che l'osservanza della regola potrebbe proprio non essere dovuta perché le caratteristiche del caso singolo non ne richiedevano l'applicazione e che, nel caso specifico, la pedissequa osservanza della regola può integrare la colpa per la violazione di altra regola cautelare; senza considerare il caso di diverse linee guida che indichino soluzioni diverse per il medesimo caso clinico. In questa ottica si è affermato⁴⁴ che è configurabile la colpa specifica *"solo quando il rigetto delle linee guida aggiornate da parte del medico curante non sia ammissibile, perché la malattia e/o il paziente orbitano in una classe di rischio corrispondente a quella sottesa alle medesime linee guida e non sussistono comportamenti clinici ugualmente validi o addirittura più conferenti alle attese della diligenza, della prudenza e della perizia"*.

E' compatibile una tale costruzione con la concezione della colpa specifica? Lo si pone soltanto come problema visto, come si è già accennato, lo scopo pressoché esclusivamente definitorio della distinzione.

Forse questi dubbi hanno minori ragioni di essere nel caso della violazione delle regole deontologiche che abbiano anche funzione cautelare essendo caratterizzate, queste norme, da una vincolatività ben maggiore (sia per la provenienza sia perché dirette a fissare principi generali relativamente inderogabili) rispetto a quelle contenute nelle linee guida e nei protocolli.

7

LINEE GUIDA E RESPONSABILITÀ PENALE DEL MEDICO PER COLPA LIEVE. L'ART. 3 DELLA L. 8 NOVEMBRE 2012 N. 189 (LEGGE BALDUZZI)

In questo scenario sommariamente descritto è intervenuta una modifica legislativa di particolare rilievo⁴⁵. La l. 8 novembre 2012 n. 189, nel convertire il d.l. 13 settembre 2012 n. 158, ha riformulato il comma 1 dell'art. 3 che oggi così recita:

"L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043

medico: dalle regole ai casi, in *Riv.it.med.leg.*, 2013, 61, sottolinea (a p. 81) come non sia raro imbattersi in linee guida in contraddizione tra di loro per cui *"per la solita eterogeneità dei fini, piuttosto che ridurre l'incertezza (scopo per il quale sono nate), le GL finirebbero quindi con l'accrescerla"*.

43. Distinzione sulla quale v. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 341 ss.

44. Da parte di M. CAPUTO, *Filo d'Arianna o flauto magico? Linee guida e checklist*, cit., 893. Più decisa è la posizione di O. DI GIOVINE, *La responsabilità penale del medico: dalle regole ai casi*, cit., che propende invece nettamente per la natura specifica della colpa nel caso di violazione delle linee guida (v. p. 80).

45. L'innovazione legislativa viene dai più vista come diretta a limitare atteggiamenti riconducibili alla c.d. "medicina difensiva" del medico ma è stato sottolineato (da G. CIVELLO, *Responsabilità medica e rispetto delle "linee guida", tra colpa grave e colpa lieve. La nuova disposizione del "decreto sanità"*, in *Archivio penale*, 2013, n. 1, 85) che la collocazione della norma sembra piuttosto riguardare gli aspetti assicurativi della professione medica. Questa considerazione non è affatto peregrina posto che nel 2012 è stata approvata un'altra legge (art. 32 commi 3 *ter* e 3 *quater* della l. 24 marzo 2012 n. 27) dichiaratamente diretta ad evitare o limitare i risarcimenti per le lesioni di lieve entità (si veda su questa modifica normativa del codice delle assicurazioni private lo scritto di G. CANNÀVO e L. MASTROBERTO, *Legge 24 marzo 2012 n. 27. Linee guida per i medici legali*, in *Danno e responsabilità*, 2012, 684) e che la stessa l. 189 contiene norme, alle quali si accennerà più avanti, sicuramente dirette a contenere l'entità dei risarcimenti ricollegati alla responsabilità medica.

Numerosi sono i commenti alla nuova disciplina. Possono esemplificativamente richiamarsi, oltre allo scritto di G. CIVELLO appena citato, G. DE SANTIS, *Il decreto "Balduzzi" e la depenalizzazione della colpa lieve in ambito medico: molto rumore per nulla?*, in *Resp.civ. e prev.*, 2013, 1357; A. GAMBERINI, *Novità in tema di colpa medica (art. 3, comma 1, l. n. 189/2012) e di protezione dei minori (l. n. 172/2012)*, in *ius17unibo.it*, 2012, 57; B. GRAZZINI, *Responsabilità dell'esercente le professioni sanitarie e rischio clinico nel c.d. "Decreto Balduzzi"*, in *Corriere giuridico*, 2013, 1235; F. MARTINI, *Il medico non risponde penalmente per colpa lieve se ha rispettato linee guida e pratiche accreditate*, in *Guida al diritto*, 2013, n. 5, 34; P. F. POLI, *Legge Balduzzi tra problemi aperti e possibili soluzioni interpretative: alcune considerazioni*, in *questa Rivista*, 2013, 4, e in *Dir. pen. cont.*, 19 settembre 2013; G. PAVICH, *Linee guida e buone pratiche come criterio per la modulazione della colpa medica: rilievi all'art. 3 legge n. 189/2012*, in *Cass. pen.*, 2013, 902; A. ROIATI, *Linee guida, buone pratiche e colpa grave*, cit.; P. A. SIRENA, *La responsabilità medica alla luce della legge Balduzzi*, relazione tenuta al convegno di Ischia del 13-14 aprile 2013 organizzato da Altalex formazione; C. VALBONESI, *Linee guida e protocolli per una nuova tipicità dell'illecito colposo*, cit.

Anche gli studiosi di medicina legale hanno affrontato i problemi sorti con l'innovazione legislativa: si vedano P. FRATI, M. GULINO, G. MONTANARI VERGALLO, S. ZAAMI e V. FINESCHI, *La riforma legislativa della responsabilità sanitaria e le prime applicazioni giurisprudenziali. Se vogliamo che tutto rimanga come è, bisogna che tutto cambi*, in *Riv.it.med.leg.*, 2013, 1045; A. FIORI e D. MARCHETTI, *L'articolo 3 della Legge Balduzzi n. 189/2012 ed i vecchi e nuovi problemi della medicina legale*, in *id.*, 2013, 563. Su aspetti del c.d. decreto Balduzzi diversi da quelli cui di seguito si farà riferimento v. M. CONTICELLI, *Lavori in corso nel servizio sanitario: molto rumore per...?*, in *Giornale di dir. ammin.*, 2013, 485.

del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo”.

E’ da rilevare come la legge di conversione abbia modificato radicalmente il testo del decreto legge il cui comma 1 dell’art. 3 così si esprimeva: *“Fermo restando il disposto dell’art. 2236 del codice civile, nell’accertamento della colpa lieve nell’attività dell’esercente le professioni sanitarie il giudice, ai sensi dell’art. 1176 del codice civile, tiene conto in particolare dell’osservanza, nel caso concreto, delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nazionale e internazionale”*.

Senza addentrarsi nell’ormai inutile compito di interpretare la norma contenuta nel decreto legge va comunque osservato anzitutto come il vigente art. 3 preveda espressamente la sua applicabilità alla responsabilità penale dell’esercente la professione sanitaria che sembrava invece non riguardare il testo del decreto legge. E la novità non è di poco conto perché si risolve, almeno ad una prima lettura della norma, nella depenalizzazione⁴⁶ delle condotte colpose mediche che abbiano provocato eventi penalmente rilevanti (morte o lesioni del paziente) quando la colpa sia qualificabile come “lieve”. Si è detto⁴⁷ che la nuova normativa parrebbe aver *“trasformato le linee guida in una sorta di limite “negativo” della tipicità colposa: la loro inosservanza implica (certamente ?) la colpa, mentre la loro osservanza non la esclude, fatta eccezione per i casi di colpa lieve”*.

Perché si pervenga a questo risultato non è però sufficiente che la colpa sia qualificabile come “lieve” ma sono necessarie altre condizioni: che l’esercente la professione sanitaria si sia attenuto a linee guida o “buone pratiche”; che le linee guida e le buone pratiche siano accreditate dalla comunità scientifica. Si è detto efficacemente⁴⁸ che, prima ancora di procedere alla differenziazione tra colpa grave e colpa lieve sottesa alla nuova normativa *“è bene ricordare che tale distinzione viene in considerazione solo laddove vi sia una linea guida o una prassi pertinente al caso di specie, nonché a condizione che questa sia ritenuta dal giudice scientificamente accreditata e che l’esercente la professione sanitaria l’abbia osservata”*.

Va però preliminarmente osservato che le linee guida (e anche le buone pratiche) che vengono in considerazione ai fini indicati devono avere natura cautelare e non essere dirette ad altri scopi⁴⁹.

8

RISPETTO DELLE LINEE GUIDA E DELLE “BUONE PRATICHE”

Sotto un primo profilo è quindi anzitutto necessario che le linee guida per la cura di una determinata patologia esistano e, malgrado la riduttiva formulazione della legge, non credo che possa escludersi l’applicazione della normativa di favore, quando si tratti di protocolli o documenti simili nel senso di cui si è detto. Deve trattarsi di linee guida che, oltre a prevedere prescrizioni riconosciute come aventi scopo cautelare, siano “accreditate” dalla comunità scientifica. Ciò porta ad escludere che possano venire in considerazione per un verso le linee guida che non trovino un sufficiente consenso in tale comunità (o perché isolate o perché nei loro confronti sono state proposte plausibili obiezioni di metodo o relative alla loro validità scientifica); per altro verso le linee guida che abbiano, anche in parte, finalità diverse da quelle dirette alla miglior cura del paziente. Si pensi alle linee guida formulate dalle aziende ospedaliere per limitare le degenze o, in generale, per diminuire i costi di gestione⁵⁰.

46. Su questo aspetto la dottrina è sostanzialmente uniforme. Si vedano tutti i commenti alla legge e alle prime decisioni del giudice di legittimità alle quali in seguito verrà fatto cenno. Nella giurisprudenza di merito si segnala la revoca di una sentenza di condanna per responsabilità medica, in applicazione dell’art. 3 l. Balduzzi, con ordinanza del Trib. Trento 7 giugno 2013 (in *Dir. pen. cont.*, 19 settembre 2013, con nota critica di P. PIRAS, *Al di là delle linee guida e delle buone pratiche: una revoca di sentenza “praeter-Balduzzi”*) il quale sottolinea come l’ordinanza abbia trascurato di considerare che si trattava di un caso di negligenza – per mancato approfondimento diagnostico – e che le linee guida che si sarebbero seguite neppure erano indicate).

47. Da parte di L. RISICATO, *Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica*, cit., 199.

48. Da parte di A. ROIATI, *Il ruolo del sapere scientifico e l’individuazione della colpa lieve*, cit., 14.

49. Sul punto diversa è l’opinione di G. CIVELLO, *Responsabilità medica e rispetto delle “linee guida”, tra colpa grave e colpa lieve*, cit., p. 13 ss., il quale ritiene che *“il legislatore ha de plano inteso qualificare come ‘cautelari’ le regole contenute nelle linee-guida medesime”*. In realtà, a mio parere, sarà compito del giudice verificare quali regole contenute nelle linee guida abbiano natura cautelare.

50. Se ne veda l’esemplificazione che ne fa G. CIVELLO, *Responsabilità medica e rispetto delle “linee guida”, tra colpa grave e colpa lieve*, cit., p. 14 ss. Secondo

Uno dei problemi che potrà porsi in questa verifica è che le linee guida, nel loro complesso, possono perseguire contemporaneamente finalità diverse (la cura del paziente e scelte di politica sanitaria) e ciò renderà di particolare complessità il compito del giudice. Del resto non è inutile ricordare che, nell'esperienza statunitense, l'applicazione legislativa da parte di alcuni Stati delle linee guida è stata introdotta con lo scopo dichiarato (e in concreto perseguito) di ridurre i costi dei premi assicurativi per i sanitari⁵¹.

Deve poi considerarsi che in Italia non esiste un sistema di "accreditamento" delle linee guida anche se passi avanti sono stati fatti con l'introduzione del Sistema Nazionale Linee Guida (SNLG) gestito dall'Istituto Superiore di Sanità; ma si deve tener conto che a queste linee guida se ne aggiungono poi altre formulate dalle regioni, dalle aziende ospedaliere e addirittura dalle compagnie assicuratrici (negli Usa anche delle case farmaceutiche!) con una sovrapposizione spesso inestricabile di discipline del resto in una situazione non diversa da quella che si è creata negli Usa pur dopo l'introduzione di un'agenzia governativa⁵².

E' da rilevare come il legislatore sembra aver fatto riferimento ad un concetto di tipo contenutistico più che formale: l'essere scientificamente accreditato non significa che la provenienza delle linee guida (e tanto meno le buone pratiche) da fonti formali costituisca il presupposto per l'applicazione della norma in esame⁵³.

A me sembra questo l'aspetto più complesso introdotto dalla nuova legge: per applicare la nuova normativa il giudice dovrà verificare se le linee guida applicate dal medico siano accreditate presso la comunità scientifica ma occorre considerare che il giudice non dispone dei mezzi conoscitivi necessari per compiere questa verifica tanto più necessaria in un campo dove la proliferazione di linee guida – qualche volta inaffidabili quanto meno perché redatte con carenze metodologiche o per finalità non esclusivamente dirette alla tutela della salute del paziente – rende assai complesso orientarsi⁵⁴. E si è sottolineato⁵⁵ il rischio "che venga a determinarsi una corsa ai protocolli, o alle buone prassi, e che resti nel frattempo sospesa, o affidata a soluzioni estemporanee, la domanda inerente ai criteri indicativi di un sufficiente livello di accreditamento presso la comunità scientifica, specie laddove le procedure qualificabili nei termini indicati dalla norma appena introdotta siano in realtà omologate su scala limitata (con riferimento ad ambiti locali o a singole strutture sanitarie)".

In questa indagine – che compete al giudice anche se l'acquisizione delle informazioni potrà essere delegata al perito o al consulente – credo che sia fondamentale la verifica che siano stati rispettati, nella formazione delle linee guida, i principi di rigore scientifico che informano una corretta formulazione delle medesime sia nella raccolta sistematica delle informazioni rilevanti che nell'interpretazione delle informazioni raccolte⁵⁶.

l'opinione di C. VALBONESI (*Linee guida e protocolli per una nuova tipicità dell'illecito colposo*, cit. 274 ss.) la riforma andrebbe estesa anche alle condotte degli operatori sanitari che abbiano applicato linee guida "che rispondano anche ad esigenze di carattere economicistico"; l'Autrice non chiarisce però come vada individuata la colpa lieve in relazione alla violazione di regole che non hanno alcuna valenza cautelare.

51. Si vedano le considerazioni e i dati riportati da V. FINESCHI e P. FRATI, *Linee-guida: a double edged-sword*, cit., 669 ss.

52. Sulle dinamiche derivanti dalla sovrapposizione di enti deputati alla formazione delle linee guida v. A. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario*, cit., 50 ss.

53. In questo senso v. D. PULITANO, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, in *Dir. pen. cont.*, 5 maggio 2013, 14. Sempre attuali, dunque, rimangono gli ormai risalenti criteri cui faceva riferimento M. PORTIGLIATTI BARBOS, *Le linee-guida nell'esercizio della pratica clinica*, cit., 892, il quale richiamava, per la validità delle linee guida, la necessità che le medesime fossero "state fornite da enti, istituzioni, società scientifiche (di livello per lo più nazionale) che si sono presentate nell'arengo scientifico con la carte in regola perché venisse loro riconosciuta la autorità necessaria". Alcuna delega da parte dell'autorità statuale è richiesta "ma un preciso rango riconosciuto dal mondo medico: in base alla qualificazione delle persone, alla multidisciplinarietà dei pareri, alla indipendenza da interessi di parte, alla chiarezza di formulazione delle raccomandazioni".

54. Da parte di A. R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario*, cit., che cita uno studio che ha esaminato 431 linee guida apparse in un decennio rilevando che il 67% non descriveva il tipo di professionalità coinvolto nella loro elaborazione; l'87% non indicava se le linee guida poggiavano su precedenti ricerche sistematiche condotte nella letteratura scientifica; l'82% non graduava la forza e l'affidabilità delle raccomandazioni in esse contenute, in relazione all'univocità della sottostante evidenza scientifica. Solo il 5% delle linee guida esaminate rispettava tutti i tre parametri indicati.

55. Da parte di G. PAVICH, *La colpa penale*, cit., 295.

56. Nell'esame di queste problematiche si seguiranno le considerazioni svolte sul tema da E. TERROSI VAGNOLI, *Le linee guida per la pratica clinica*, cit., 197 ss.

Sotto il primo profilo (raccolta delle informazioni) dovrà verificarsi che le linee guida si fondino su un esame critico delle evidenze scientifiche disponibili che consenta un'accurata verifica degli esiti positivi o negativi di una determinata procedura tenendo in particolare considerazione la fonte dell'evidenza, la sua consistenza e la quantità di studi disponibili. Si aggiunga che, essendo le linee guida soggette a continua evoluzione per i progressi della scienza medica, dovrà essere previsto un procedimento di revisione che tenga conto del mutato quadro delle conoscenze e delle nuove evidenze che si siano rese disponibili sotto il profilo qualitativo e quantitativo. E nel caso di nuove acquisizioni scientifiche che abbiano incrinato la validità delle linee guida esistenti – e prima che si sia proceduto alla loro modifica – incomberà sull'operatore sanitario un obbligo di aggiornamento e di applicazione delle nuove conoscenze, ovviamente nei limiti della esigibilità che potrà ritenersi esistente se i problemi siano già stati diffusi in studi, convegni, riviste specializzate ecc.

A questa prima fase relativa alla raccolta delle informazioni dovrà seguire un confronto tra benefici ed esiti negativi della procedura in esame anche con riferimento ad analoga valutazione di eventuali procedure alternative eventualmente esistenti.

Sotto il profilo della valutazione dei risultati sono conosciute⁵⁷ tre diverse metodologie per l'organizzazione del lavoro di gruppo volto all'emanazione delle linee guida: il metodo del consenso informale (ottenuto da gruppi di esperti attraverso una o più sessioni di studio e discussioni non strutturate); le metodologie strutturate di discussione o metodi di consenso formale (nelle quali ogni posizione rappresentata può essere discussa); il metodo delle *Consensus Conference* nelle quali una sorta di giuria di esperti esprime il proprio parere dopo aver ascoltato gli esperti non solo della professione medica ma anche di altri soggetti interessati.

Si aggiunga – per completare il quadro di incertezze già delineato – come è stato di recente osservato⁵⁸, che solo una percentuale non elevata delle linee guida viene elaborata in base a sperimentazioni cliniche controllate (*Evidence Based Medicine*) mentre la più parte di esse si fonda invece sul metodo del consenso che si attua concordando posizioni comuni da parte di esperti di uno specifico campo, amministratori sanitari, rappresentanti dei pazienti ecc.

Sul rispetto delle linee guida va infine accennato ad un problema che si crea nei casi in cui, in sede scientifica, esistano diverse scuole di pensiero sui metodi da seguire per contrastare determinate patologie. Il pensiero va subito alle patologie di natura psichiatrica – per le quali le scelte terapeutiche sono spesso addirittura contrastanti – ma è noto che anche in altri settori della scienza medica (per es. la cura delle patologie tumorali) non è infrequente che ci si trovi in presenza di scelte di intervento diverse se non contrastanti.

In questi casi, ad un primo approccio della questione, può affermarsi che, per ritenere che la condizione possa ritenersi osservata, le linee guida seguite dal medico devono quanto meno trovare consenso in una parte rilevante della comunità scientifica di riferimento e non essere il prodotto di orientamenti isolati che non hanno trovato alcun consenso o conferma oppure abbiano addirittura trovato, nella comunità scientifica, smentite documentate idonee a porre in dubbio la validità delle opzioni terapeutiche proposte.

Qualche problema ulteriore si pone in relazione al rispetto delle “buone pratiche” per la indeterminatezza del concetto usato della legge. Anche in questo caso le buone pratiche devono essere accreditate presso la comunità scientifica – nello stesso senso cui si è fatto riferimento per quanto riguarda le linee guida – ma il concetto di buone pratiche sembra fare riferimento più che ad una disciplina regolamentata (come avviene

57. Si usa il presente anche se il saggio da cui sono tratte queste informazioni risale al 1999. Lo scrivente non ha però trovato studi più recenti che accolgano impostazioni diverse.

58. Da parte di A. R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario*, cit., 150 ss.

9 RISPETTO DELLE LINEE GUIDA E COLPA DELL'AGENTE

nelle linee guida o nei protocolli) alla concreta attuazione delle medesime linee guida o a procedure non previste dalle linee guida ma comunemente applicate, e di cui sia riconosciuta (per es. in testi scientifici di cui non sia contestata l'autorevolezza) l'efficacia terapeutica o comunque la non dannosità per il paziente.

Per esemplificare: se la somministrazione di un farmaco, pur non specificamente indicato e non previsto dalle linee guida per il contrasto di una determinata patologia (c.d. farmaci *off label*), ha dato, in un numero significativo di casi, effetti positivi e mai negativi il medico che lo somministra si attiene a una buona pratica. Non vi si attiene se – a fronte di rari effetti positivi – ve ne siano altrettanti di negativi a meno che questi ultimi non siano di gravità limitata e non esistano farmaci alternativi privi di questi effetti.

Ma vi sono anche orientamenti⁵⁹ diretti a ricondurre le buone pratiche a schemi rigidi e predefiniti di comportamento diagnostico e terapeutico assai prossimi ai protocolli in quanto strutturate su evidenze scientifiche ed esperienziali di carattere pressoché definitivo. E' poi da considerare, su un tema cui si è accennato in precedenza, che, come è stato osservato⁶⁰, la tendenza della nuova disposizione è “*quella di cercare di sottrarre, per quanto possibile, la materia della colpa medica ai criteri tipici della colpa generica, per avvicinarne sempre di più le valutazioni a quelle tipiche della cosiddetta colpa specifica, in linea con quanto avvenuto nelle altre situazioni di rischio lecito*”.

L'esonero da responsabilità penale nel caso di colpa lieve vale per chi abbia osservato le linee guida ma è ovviamente necessario che le linee guida seguite siano quelle predisposte per la patologia dalla quale il paziente era effettivamente affetto. Se il medico è stato negligente o imperito nella diagnosi – e da ciò sono derivate conseguenze lesive per la salute del paziente – sembra ovvio che non possa invocarsi il rispetto delle linee guida per invocare l'esistenza della colpa lieve; non solo ma ove esista una pluralità di linee guida che riguardino la cura delle stesse patologie è obbligo del medico verificare quali siano le più affidabili⁶¹.

Ma prima ancora di rispondere a questo quesito si pone un problema preliminare che riguarda l'esistenza e la validità dei canali di conoscenza delle linee guida (ma anche della buone prassi) scientificamente accreditate. All'inesistenza di un sistema pubblico, verificato e predeterminato per la trasmissione di queste conoscenze⁶² consegue che queste informazioni dovranno essere affidate, oltre che alla pratica clinica, all'iniziativa del medico cui si chiederà di adempiere ad un dovere di aggiornamento con la consultazione delle riviste e degli studi più aggiornati e scientificamente affidabili per la conoscenza delle linee guida. Obbligo che fa carico anche alle istituzioni sanitarie che devono essere ritenute obbligate a predisporre e verificare l'aggiornamento costante di coloro che operano al loro interno.

Ciò premesso occorre chiedersi se sia configurabile la colpa lieve o grave in chi ha rispettato le linee guida. Se si rispondesse negativamente si porrebbe un problema di coerenza legislativa⁶³. Ma credo che ciò non si possa affermare proprio con riferimento a quanto si è in precedenza precisato sulla possibilità di individuare una responsabilità penale nel caso del medico che si sia attenuto alle linee guida ma non abbia considerato che le caratteristiche del caso esaminato erano tali da richiedere un adattamento a tali caratteristiche o addirittura la disapplicazione delle linee guida⁶⁴.

59. Si veda per questi aspetti A. ROIATI, *Linee guida, buone pratiche e colpa grave*, cit., 224.

60. Da G. PAVICH, *Linee guida e buone pratiche come criterio per la modulazione della colpa medica*, cit., 903.

61. In questo senso v. G. CIVELLO, *Responsabilità medica e rispetto delle “linee guida”, tra colpa grave e colpa lieve*, cit., p. 17.

62. Il problema della trasmissione delle conoscenze in materia di linee guida era già affrontato da M. PORTIGLIATTI BARBOS, *Le linee-guida nell'esercizio della pratica clinica*, cit., 892.

63. E' questa la posizione, espressa in prima battuta, di P. PIRAS, *In culpa sine culpa. Commento all'art. 3 co. 1 l. 8 novembre 2012 n. 189*, in *Dir. pen. cont.*, 26 novembre 2012, secondo cui “*la neonata disposizione reca in sé un peccato originale: una vera e propria contraddizione in termini, perché ipotizza la colpa nonostante il rispetto delle linee guida*”.

64. E' questa la lettura che invece ha fornito F. VIGANÒ, *Il medico che si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate*

Se si accede alla tesi che il mancato rispetto delle linee guida o dei protocolli non integra ipotesi di colpa specifica ma generica occorre chiedersi se la nuova norma intenda riferirsi solo ai casi di imperizia o ricomprenda anche i casi di negligenza e imprudenza. Il testo approvato con il decreto legge faceva un espresso riferimento all'art. 2236 c. c. e dunque poteva ritenersi che recepisce l'interpretazione conforme di questa norma comunemente ritenuta riferibile ai soli casi di imperizia⁶⁵.

Con il testo risultante dalla legge di conversione, che non richiama più l'art. 2236, questa soluzione è di minore evidenza ma, a parere di chi scrive, può essere ragionevolmente sostenuta⁶⁶ sia pure in termini di maggiore elasticità. Dalla circostanza che il presupposto dell'inquadramento della condotta nell'area del non penalmente rilevante è costituito dall'essersi, il medico, attenuto a linee guida o a buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica discende infatti che ci si muove in particolare nel campo dell'imperizia e non della negligenza (e tanto meno dell'imprudenza).

Infatti il medico che si sia attenuto acriticamente alle linee guida senza valutare se le caratteristiche del caso portato alla sua attenzione richiedessero un approccio terapeutico almeno in parte diverso (o non abbia tenuto conto della circostanza che le linee guida applicate avevano carattere di genericità o comunque non disciplinavano interamente il caso da lui affrontato) dimostra di non essere sufficientemente preparato ad affrontare casi che fuoriescono dalla prassi routinaria e quindi di essere imperito. Ma può anche avvenire che egli abbia omesso di acquisire un'informazione o i risultati di un esame che gli avrebbero meglio chiarito la natura della patologia e l'insufficienza (o peggio) di un trattamento ispirato esclusivamente all'osservanza delle linee guida e in questo caso ci troviamo in presenza di negligenza anche se i confini tra le due ipotesi sono tutt'altro che netti; occorre infatti domandarsi se l'omissione sia dovuta a scarsa conoscenza della materia (imperizia) o a trascuratezza (negligenza).

Vale per la negligenza l'esonero da responsabilità nel caso di colpa lieve? Io credo che, in linea di massima, sia proprio il concetto di negligenza ad essere incompatibile con la lievità della colpa: come è possibile ritenere la colpa lieve quando ci si trovi in presenza di trascuratezza, mancanza di attenzione, disinteresse, mancata considerazione dei segnali di pericolo ecc.? e lo stesso potrebbe dirsi per i casi di imprudenza (avventatezza, scarsa ponderazione, sottovalutazione dei segnali di pericolo ecc.).

Insomma il senso della modifica normativa sembra rivolto ad escludere la responsabilità penale di chi, in qualche modo, sia stato osservante di regole cautelari precostituite ma non di chi fondi la sua condotta nel disinteresse e nella noncuranza della salute del paziente o in avventate iniziative contrastanti con essa anche se non può escludersi in assoluto che possa configurarsi una colpa lieve nella trasgressione minima di una regola di diligenza o prudenza.

L'interesse alla soluzione di questi problemi non muta ove si acceda alla tesi⁶⁷ secondo cui la nuova disciplina normativa avrebbe attribuito la natura di "discipline" alle linee guida con la conseguente attribuzione della natura di colpa "specifica" alle violazioni delle medesime.

dalla comunità scientifica non risponderà più per colpa lieve, in *Dir. pen. cont.*, 5 novembre 2012.

65. Si vedano, esemplificativamente, le sentenze della Cassazione civile sez. III, 27 ottobre 2011 n. 22398, in *Giur. it.*, 2012, 1779, con nota di C. RUFO SPINA, *Visure: l'obbligazione di risultato del notaio tra impostazione tradizionale e recenti interventi normativi*; 19 aprile 2006 n. 9085, in *Corriere giuridico*, 2006, 914, con nota di V. CARBONE, *Responsabilità medica*; sez. II, 2 marzo 2005 n. 4427, in *Rivista del notariato*, 2005, II, 1399, con nota di G. CASU, *Brevi note in tema di vendita di immobile costruito abusivamente su terreno gravato da uso civico*; sez. III, 2 febbraio 2005 n. 2042, in *Sanità pubblica e privata*, 2005, fasc. 4, 68, con nota di C. E. GALLO, *La responsabilità dell'azienda sanitaria per danni arrecati ai pazienti ricoverati*. Questa interpretazione, del resto, era stata fatta propria anche dalla Corte costituzionale nella sentenza 28 novembre 1973, n. 166.

66. E' questa la tesi sostenuta dalla prima decisione di legittimità intervenuta sulla nuova norma: Cass., sez. IV, 24 gennaio 2013 n. 11493, Pagano, secondo cui le linee guida conterrebbero solo regole di perizia. Nello stesso senso, in dottrina, v. P. PIRAS, *In culpa sine culpa*, cit., 3; L. RISICATO, *Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica*, cit., 203.

67. Sostenuta da L. RISICATO, *Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto*, cit., 200.

La decriminalizzazione della condotta colposa del medico che abbia cagionato un evento dannoso, per esplicita previsione della nuova norma, è prevista solo nel caso di “colpa lieve”. E’ un’impostazione diversa da quella prevista dall’art. 2236 c. c. che invece ricollega la responsabilità civile del prestatore d’opera (la cui prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà) ai soli casi di dolo o colpa grave⁶⁸.

Da questa diversa formulazione non può derivare automaticamente, ad avviso di chi scrive, che la responsabilità penale sia limitata ai casi di “colpa grave” non solo perché non è questa la formulazione della norma che descrive una diversa fattispecie tipica idonea ad escludere la responsabilità ma altresì perché l’automatica equiparazione alla disciplina dell’art. 2236 non troverebbe giustificazione perché la norma civilistica trova il suo fondamento sull’esistenza di problemi tecnici di speciale difficoltà⁶⁹ che invece l’art. 3 non richiama.

L’esenzione dalla responsabilità civile è infatti giustificata proprio per l’esistenza di problemi tecnici di “speciale difficoltà” che invece, nell’ambito penale, non vengono in considerazione a meno di ritenere che la colpa lieve non sia ravvisabile quando il problema affrontato dal medico in modo inadeguato fosse di facile soluzione nel senso che rientrava nelle cognizioni di base di cui l’operatore sanitario deve sempre disporre.

Poiché non esiste una terza forma di colpa (media o ordinaria) credo che il giudice dovrà sforzarsi di delimitare l’ambito dei criteri utilizzabili per accertare quando la trasgressione della regola cautelare abbia effettivamente caratteristiche di minima entità secondo i criteri che verranno indicati di seguito nell’esame della sentenza Cantore.

Resta un problema aperto sul quale è forse prematuro esprimere una posizione convincente prima di verificare nei casi concreti come il problema può porsi: si è visto che la colpa del medico è ravvisabile sia nel caso in cui abbia osservato le linee guida – nei casi in cui le caratteristiche del caso richiedevano di discostarsi da esse o di disattenderle – sia nel caso in cui abbia proprio ommesso di applicarle perché erroneamente convinto che queste caratteristiche fossero tali da richiedere di non applicare le linee guida. In questo secondo caso è possibile applicare l’art. 3 nel caso di errore determinato da colpa lieve? La norma, da un punto di vista letterale, sembrerebbe riferirsi solo al primo caso (osservanza delle linee guida) ma potrebbe ragionevolmente affermarsi che l’identità di *ratio* potrebbe consentire di adottare un’interpretazione estensiva (o analogica *in bonam partem*) quanto meno nei casi in cui l’omessa applicazione sia conseguenza di un’erronea valutazione (imperizia) e non di trascuratezza nella diagnosi o nella scelta terapeutica (negligenza).

Va ancora segnalato che la lettura fin qui data della riforma – riconducibile all’elemento soggettivo della responsabilità penale – non è unanimemente condivisa. Si è infatti affermato⁷⁰ che *“quando si fa riferimento a ‘linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica’, si intende (deve intendersi) il riferimento alle accreditate leggi scientifiche di copertura che spiegano (fondandolo o negandolo) il rapporto di causalità tra la condotta (attiva o omissiva) del medico e l’evento determinatosi”*.

68. Si è detto – da parte di R. PARTISANI, *La nuova responsabilità sanitaria, dopo il decreto Balduzzi*, in *Resp. civ. e previd.*, 2013, 350 – che la norma “ri-evoca la risalente tripartizione, di derivazione francese, che la giustapponeva alla colpa lievissima e alla colpa grave, secondo la ben nota teoria privatistica della culpa lata, levis e levissima, corrispondenti ai differenti modelli del quidam de populo, bonus pater familias, vir diligentissimus sorta all’interno della distinzione romanistica tra obbligazioni da fatto illecito e da contratto”.

69. Sul presupposto, non corrispondente alla formulazione letterale della norma, che l’art. 3 della legge in questione faccia espresso riferimento alla “colpa grave”, G. CIVELLO (*Responsabilità medica e rispetto delle “linee guida”, tra colpa grave e colpa lieve*, cit., p. 18 ss) si esprime assai criticamente nei confronti di questa norma sia per l’inesistenza di una nozione condivisa di colpa grave sia per il mancato richiamo alle speciali difficoltà tecniche della prestazione tanto l’Autore dubita, sotto questo profilo, della legittimità costituzionale della norma. Sul punto si vedano anche le considerazioni di P. F. POLI, *Legge Balduzzi tra problemi aperti e possibili soluzioni interpretative*, cit., 9 ss.

70. Da parte di S. TORRACA, “Nuovi” confini della responsabilità penale del medico dopo il c.d. decreto Balduzzi?, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2012, 817.

Si è già accennato al fondamentale e più rilevante aspetto problematico della riforma riguardante l'inesistenza di fonti di valutazione che consentano di ritenere accreditate scientificamente le linee guida o le buone prassi. Ma non si tratta dell'unico aspetto opinabile della nuova disciplina.

V'è n'è uno, in particolare, che riguarda la collocazione dogmatica della riforma e incide in modo significativo sul rispetto del principio di determinatezza. E' verosimile che – salvo successivi approfondimenti – gli effetti della riforma riguardino in particolare i reati di omicidio colposo e lesioni colpose cioè quelle fattispecie di reato definite “causalmente orientate” nelle quali il legislatore prende in considerazione esclusivamente l'evento senza che venga descritta la condotta. Si è detto che, in questi casi, la tipicità è descritta esclusivamente dalle regole cautelari violate⁷¹. In questi casi, infatti, la concretizzazione della fattispecie passa attraverso l'individuazione dei doveri violati essendo impossibile, per il legislatore, descrivere tutte le condotte ipotizzabili, con una conseguente accentuazione della normativizzazione delle fattispecie (ancor più evidente nelle fattispecie omissive improprie) ed un ampliamento dei poteri del giudice cui è attribuito il compito di delimitare le fattispecie in esame.

A meno di rivedere questa impostazione è possibile ritenere rispettato il principio di tassatività quando il fatto tipico di reato è descritto con il riferimento ad un apparato esterno mutevole nel tempo e indeterminato, qualche volta plurimo e divergente, dalla provenienza neppure indicata e che gli agenti non sempre sono tenuti a rispettare?

Un ulteriore aspetto critico che si presenta nella lettura dell'art. 3 comma 1 della l. 189 del 2012 è una evidente disparità di trattamento tra la disciplina di favore introdotta da questa norma per gli esercenti le professioni sanitarie (a questo proposito devono considerarsi tali solo i medici o anche coloro che svolgono funzioni diverse nel settore sanitario pur non avendo questa qualità?) e tutti coloro che svolgono un'attività professionale di tipo diverso ma disciplinata da regole di comportamento (spesso denominate anch'esse linee guida) analoghe alle linee guida in campo medico⁷².

L'art. 2236 c.c. non incorre in questa diversità di trattamento perché tratta allo stesso modo la posizione di ogni “prestatore d'opera” ed ha una giustificazione comune e razionale costituita dal fatto che il prestatore ha dovuto affrontare e risolvere problemi tecnici di speciale difficoltà. La nuova norma introduce invece una posizione differenziata tra le varie categorie di prestatori d'opera e ciò avviene anche nel caso in cui la soluzione del problema non presenti alcuna difficoltà scriminando in ogni caso la condotta colposa dell'esercente la professione sanitaria purché lo scostamento tra la condotta dovuta e quella praticata possa essere considerata lieve.

E non sembra che la disparità sia giustificata dalle caratteristiche dell'arte medica – perché coloro che la esercitano si trovano sempre di fronte a casi diversi se non altro per le diverse caratteristiche dei pazienti – perché non può certo escludersi che, in altri settori della conoscenza, si verifichino situazioni analoghe (per es. le linee guida per le costruzioni devono tener conto della sismicità del territorio, delle caratteristiche geologiche dei terreni sui quali insistono e di altri fattori che ben difficilmente sono tra loro uguali).

Che si tratti di una forma di particolare attenzione (chiamiamola così) verso le attese della classe medica è confermato, del resto, dalla presenza – nel medesimo art. 3 della l. 8 novembre 2012 n. 189 di conversione del d.l. 13 settembre 2012 n. 158 – di una sostanziale riduzione (prevista dal comma 3) del risarcimento per il danno biologico cagionato dall'esercizio della professione sanitaria come si preciserà di seguito.

71. V. P. VENEZIANI, *Regole cautelari “proprie” e “improprie” nella prospettiva delle fattispecie causalmente orientate*, Padova, 2003, spec. p. 10 e ss. Sulle fattispecie “causalmente orientate” v. inoltre, ampiamente, G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, 321 ss.

72. Questa disparità di trattamento è evidenziata da A. ROIATI, *Linee guida, buone pratiche e colpa grave*, cit., 225 e da C. CUPELLI, *I limiti di una codificazione terapeutica. Linee guida, buone pratiche e colpa grave al vaglio della cassazione*, in *Cass. pen.*, 2013, 2999. P. F. POLI, *Legge Balduzzi tra problemi aperti e possibili soluzioni interpretative*, cit. 16 ss. evidenzia anche un altro tema riguardante la compatibilità della nuova disciplina con l'art. 2 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sotto il profilo che la necessità di ricorrere al giudice civile potrebbe risultare eccessivamente gravoso per il privato nel caso di accertamenti tecnici particolarmente complessi.

Critiche sono state espresse⁷³, anche sotto il profilo del rispetto dei principi di tassatività e determinatezza della fattispecie, per l'asserita "evanescenza" della zona di discriminazione fra la colpa qualificabile come "lieve" e quella qualificabile come "grave" per l'estrema soggettività dei parametri utilizzabili dal giudice. Il medesimo Autore sottolinea anche come appaia discutibile l'abbandono del criterio previsto dall'art. 2236 c.c. (con riferimento alla necessità che la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà) e propone un recupero della disciplina civilistica nel senso che la limitazione di responsabilità in questi casi non operi.

Ma la critica più decisa della nuova disciplina è venuta dal Tribunale di Milano che, con ordinanza 21 marzo 2013⁷⁴, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 l. 189/2012 per contrasto con gli artt. 3, 24, 25, 27, 28, 32, 33 e 111 della Costituzione.

Per limitare la disamina del provvedimento agli aspetti più significativi occorre rilevare anzitutto che, nell'ordinanza, viene posta in discussione l'osservanza del principio di tassatività, anche per l'assenza di qualsiasi riferimento normativo per la definizione del concetto di colpa lieve, perché questo riferimento rimetterebbe *"alla discrezionalità del giudice l'interpretazione e l'applicazione di tale formula in un contesto normativo in cui gli altri elementi della fattispecie presentano ampie falle sul piano della precisione, determinatezza e tassatività della fattispecie"*.

Il principio di tassatività risulterebbe poi disatteso per la circostanza che *"non vengono specificate le fonti delle linee guida, quali siano le autorità titolate a produrle, quali siano le procedure di raccolta dei dati statistici e scientifici, di valutazione delle esperienze professionali, quali siano i metodi di verifica scientifica, e infine quale sia la pubblicità delle stesse per diffonderle e per renderle conoscibili agli stessi sanitari; così come per le prassi non viene specificato il metodo di raccolta, come possa individuarsi la 'comunità scientifica' e se l'accREDITAMENTO debba provenire dalla 'comunità scientifica' locale, regionale, nazionale, europea o internazionale"*.

Il Tribunale ipotizza poi una violazione degli artt. 3 e 33 della Costituzione perché *"la norma de qua deresponsabilizza penalmente soltanto chi si attiene alle linee guida e alle buone prassi con l'effetto di inibire e atrofizzare la libertà del pensiero scientifico, la libertà di ricerca e di sperimentazione medica, la libertà terapeutica che costituisce una scelta del medico e del paziente, perché confina ogni scelta diagnostica e/o terapeutica all'interno di ciò che è stato già consacrato e cristallizzato dalle linee guida o dalle buone prassi"*.

Un'ulteriore violazione del principio di uguaglianza viene poi ravvisata dal Tribunale – che include nella categoria degli esercenti la professione sanitaria anche veterinari, farmacisti, biologi, psicologi, operatori socio sanitari ecc. – nella circostanza che non essendo prevista, per gli operatori diversi dai medici, l'utilizzazione delle linee guida questi sarebbero ingiustificatamente trattati in modo peggiore qualora vengano ritenuti responsabili di reati colposi di tipo diverso (per es. incendio, disastro, epidemia).

E parimenti si creerebbe una disparità di trattamento – nel caso di cooperazione colposa – quando il reato sia attribuito anche a chi non riveste la qualità di esercente la professione sanitaria e, nel caso di pubblici dipendenti, tra coloro che, pur operando per la tutela dei medesimi beni (la vita, la salute ecc.), incorrerebbero in una sanzione penale, nel caso di colpa lieve, a seconda che rivestano o meno la qualità di esercente la professione sanitaria.

73. Da G. PAVICH, *Linee guida e buone pratiche come criterio per la modulazione della colpa medica*, cit., 910 ss. Analoghe critiche vengono espresse, dal medesimo Autore, nel saggio *La colpa penale*, 2013, 294 ss.

74. Trib. Milano, sez. IX (ord.), 21.3.13 (dep.), Giud. Giordano, imp. Andreatta e altri, in *Dir. pen. cont.*, 29 marzo 2013, con nota di M. SCOLETTA, *Rispetto delle linee guida e non punibilità della colpa lieve dell'operatore sanitario: la "norma penale di favore" al giudizio della Corte costituzionale*. L'ordinanza è pubblicata anche in *Resp. civ. e prev.*, 2013, 1256 (con nota di F. PONTIS, *La nuova responsabilità penale del sanitario per sola colpa grave. Illegittimità costituzionale o riscoperta della misura soggettiva della colpa?*) ed è commentata criticamente da D. PULITANO, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, cit. e da F. FILICE, *Legge Balduzzi: i profili di incostituzionalità sollevati dal Tribunale di Milano*, in *Questione giustizia*, 2013, 7.

12

**PRIME APPLICAZIONI
GIURISPRUDENZIALI DELLA
RIFORMA**

L'ordinanza fornisce poi un'interpretazione estensiva della normativa ritenendo che l'esclusione della responsabilità penale, nei casi previsti dall'art. 3 in esame, si estenda anche agli operatori sanitari ai quali è attribuita una posizione di garanzia in tema di sicurezza del lavoro quando la sicurezza sia disciplinata da linee guida predisposte ad evitare danni ai pazienti e agli operatori (si fa l'esempio delle procedure per gli esami radiologici o per l'utilizzazione delle camere iperbariche).

Il Tribunale ravvisa poi una violazione del diritto di difesa delle persone offese che, nel caso di colpa lieve dell'esercente la professione sanitaria, si vedrebbero costrette, per ottenere il ristoro del danno subito, a rivolgersi al giudice civile.

Per il momento non avremo una risposta del giudice delle leggi sui temi di maggior interesse riguardanti la nuova normativa perché la Corte costituzionale, con ordinanza 6 dicembre 2013 n. 295⁷⁵, ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità proposta dal Tribunale di Milano perché il giudice remittente *“ha ommesso di descrivere compiutamente la fattispecie concreta sottoposta al suo giudizio e, conseguentemente, di fornire una adeguata motivazione in ordine alla rilevanza della questione”*; avrebbe infatti ommesso di specificare *“la natura dell'evento lesivo, le modalità con le quali esso sarebbe stato causato e il grado della colpa ascrivibile agli imputati”* né avrebbe precisato se i medici si erano attenuti (o se era sorta questione che si fossero attenuti) a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica *“proprie del contesto di riferimento, così che possa venire effettivamente in discussione l'applicabilità della norma censurata”*.

Le prime decisioni di legittimità, in ordine temporale, che abbiano affrontato il tema della nuova disciplina introdotta dall'art. 3 comma 1 della l. 189/2012 sono costituite dalla già citata sentenza Cass., sez. IV, 24 gennaio 2013 n. 11493, Pagano, e dalla sentenza della medesima sezione, di pochi giorni successiva, 29 gennaio 2013 n. 16237, Cantore⁷⁶. Entrambe le decisioni affrontano alcuni dei nodi più rilevanti della nuova disciplina ai quali si è in precedenza accennato.

La sentenza Pagano, avendo ritenuto corretta la decisione del giudice di merito secondo cui l'evento era riconducibile ad una negligenza inescusabile del medico, affronta in particolare il tema relativo alla possibilità di applicare la nuova normativa non solo ai casi di imperizia ma anche a casi di negligenza e lo risolve negativamente sul presupposto che *“le linee guida contengono solo regole di perizia”* (è da rilevare che l'ordinanza della Corte costituzionale appena citata richiama proprio questo principio). Peraltro la decisione esamina anche le caratteristiche richieste per l'applicazione della nuova normativa con riferimento alla rilevanza delle linee guida che perseguano scopi diversi da quelli della salute del paziente e ai criteri per poter ritenere accreditate scientificamente linee guida e buone pratiche.

La sentenza Cantore – riguardante invece un caso di imperizia – individua due tratti rilevanti nella nuova disciplina: la distinzione tra colpa lieve e colpa grave; la valorizzazione delle linee guida e delle pratiche terapeutiche virtuose purché corroborate dal sapere scientifico.

75. 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*.

76. La sentenza Pagano è pubblicata in *Guida al diritto*, 2013, n. 17, 27 mentre entrambe le sentenze sono pubblicate, nelle parti essenziali, in *Dir. pen. e processo*, 2013, 691 e annotate da L. RISICATO, *Linee guida e imperizia “lieve” del medico dopo la l. 189/2012: i primi orientamenti della Cassazione*. La sentenza Cantore, è pubblicata in *Dir. pen. cont.*, 11 aprile 2013 con scheda introduttiva di F. VIGANÒ, *Linee guida, sapere scientifico e responsabilità del medico in una importante sentenza della Cassazione* (e poi con nota di C. CUPELLI, *I limiti di una codificazione terapeutica (a proposito di colpa grave del medico e linee guida, ibidem, 10 giugno 2013)*. In sede di primissimo commento alla notizia di decisione, cfr. G.L. GATTA, *Colpa medica e art. 3, co. 1 d.l. n. 158/2012: affermata dalla Cassazione l'abolitio criminis (parziale) per i reati commessi con colpa lieve, ibidem, 4 febbraio 2013*. Sulla pronuncia cfr., altresì, G. AMATO, *Per le sentenze definitive di condanna dei sanitari esclusa una applicazione automatica della norma*, in *Guida al diritto*, 2013, n. 20, 82; D. PULITANÒ, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, cit.; A. ROIATI, *Il ruolo del sapere scientifico e l'individuazione della colpa lieve nel cono d'ombra della prescrizione*, in *id.*, 2013

Quanto alle linee guida si ribadisce che la loro violazione non costituisce ipotesi di colpa specifica anche se le medesime contribuiscono ad una maggior determinatezza della fattispecie e si sottolinea come il più favorevole parametro di valutazione della condotta del medico sia subordinato all'accreditamento scientifico delle linee guida o delle pratiche utilizzate.

In merito all'apparente contraddizione tra l'osservanza delle linee guida (e delle buone pratiche) e l'esistenza della colpa la sentenza sottolinea che, non fornendo le linee guida indicazioni di valore assoluto, ben può accadere che il medico commetta errori riguardanti l'adattamento delle medesime al caso concreto oppure che ritenga di disattendere integralmente. In questi casi non sarà rimproverabile quando l'errore sia lieve.

La sentenza affronta poi il tema della distinzione tra colpa lieve e colpa grave e individua, quali parametri idonei a fondare questa distinzione, la "misura della divergenza tra la condotta effettivamente tenuta e quella che era da attendersi", la "misura del rimprovero personale sulla base delle specifiche condizioni dell'agente", la "motivazione della condotta", la "consapevolezza o meno di tenere una condotta pericolosa". L'individuazione di questi parametri è tanto più necessaria, si afferma, perché non si tratta più di graduare la pena ma di decidere se una determinata condotta è reato o no per cui occorre restringere al massimo i margini di discrezionalità interpretativa che concetti generici come quelli indicati necessariamente comportano.

Questo modo di procedere è tanto più necessario in un settore nel quale le competenze specialistiche o superspecialistiche richiedono spesso conoscenze particolari per cui non è sufficiente valutare la gravità della colpa quando si tratti di una "marcata violazione delle regole basilari" ma occorre rapportarsi proprio "agli standard di perizia richiesti dalle linee guida, dalle virtuose pratiche mediche o, in mancanza, da corroborate informazioni scientifiche di base".

Con la conclusione che "si potrà ragionevolmente parlare di colpa grave solo quando si sia in presenza di una deviazione ragguardevole rispetto all'agire appropriato definito dalle standardizzate regole d'azione". E poiché si tratta di un medico che ha rispettato le linee guida si potrà ipotizzare la colpa grave "solo quando l'erronea conformazione dell'approccio terapeutico risulti marcatamente distante dalle necessità di adeguamento alle peculiarità della malattia, al suo sviluppo, alle condizioni del paziente". Mentre, nel caso in cui il medico avrebbe dovuto discostarsi radicalmente dalle regole standardizzate, sarà ravvisabile la colpa grave "solo quando i riconoscibili fattori che suggerivano l'abbandono delle prassi accreditate assumano rimarchevole, chiaro rilievo e non lascino residuare un dubbio plausibile sulla necessità di un intervento difforme e personalizzato rispetto alla peculiare condizione del paziente".

I principi affermati nelle sentenze Pagano e Cantore sono stati richiamati dalla più recente sentenza della medesima sez. IV in data 15 ottobre 2013 n. 46753, Di Sauro, inedita, che ha però escluso che, nel caso esaminato, potesse applicarsi l'art. 3 della l. Balduzzi perché le linee guida invocate si riferivano alla valutazione sulla necessità dell'intervento chirurgico e non alle modalità di esecuzione del medesimo (l'addebito mosso al chirurgo era quello di aver eseguito tale intervento con modalità improprie cagionando un danno al paziente).

13

CENNI SUGLI ASPETTI CIVILISTICI
DELLA RIFORMA

Ad una prima lettura dell'art. 3 della l. 189/2012 sembra che i problemi posti sul piano civilistico siano principalmente due: il primo attiene alla modifica dei criteri da utilizzare per determinare l'entità del danno e se ne è già accennato in precedenza. Il secondo riguarda la natura della responsabilità del medico o della struttura sanitaria.

Va anzitutto premesso che il testo della nuova norma non esclude la responsabilità per i danni cagionati nel caso in cui la colpa dell'operatore sanitario sia ritenuta lieve. Il rispetto delle linee guida e delle buone prassi scientificamente accreditate influisce però, se non sull'esistenza del diritto al risarcimento, sulla sua determinazione quantitativa in

quanto il terzo periodo dell'art. 3 in esame, come si è già accennato, così si esprime: *"Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo"*. Se le parole hanno un senso non può che trarsene la conseguenza che ad un minor grado di colpa (si da poterla considerare "lieve") corrisponderà una minor misura del risarcimento. In quale misura è tema lasciato interamente all'interprete. Ma anche questa norma presenta un ambito di applicazione non chiaro per l'uso della parola "anche" che potrebbe far pensare che il rispetto delle linee guida possa rilevare anche a fini che non è facile individuare se si esclude il riferimento all'esistenza del diritto al risarcimento.

Nei confronti di questo assetto normativo è stata espressa una critica di fondo⁷⁷ sia perché il grado della colpa non è mai stato considerato un parametro utilizzabile ai fini dell'accertamento del diritto al risarcimento del danno alla salute (ma anche al patrimonio) sia per la circostanza che questa disciplina normativa collide col principio dell'integralità del risarcimento.

La giurisprudenza civile di legittimità ha avuto modo di occuparsi del tema della colpa lieve dell'esercente la professione sanitaria alla luce della riforma in esame. La sentenza Cass., sez. III, 19 febbraio 2013 n. 4030⁷⁸ ha ribadito che nel caso di applicabilità della norma alla disciplina penale *"la esimente penale non elide l'illecito civile e che resta fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile, che è clausola generale del neminem laedere, sia nel diritto positivo, sia con riguardo ai diritti inviolabili quale è la salute"*. E la Cassazione civile ribadisce che, pur dopo la riforma della responsabilità penale, *"la materia della responsabilità civile segue le sue regole consolidate, e non solo per la responsabilità aquiliana del medico, ma anche per la cd. responsabilità contrattuale del medico e della struttura sanitaria, da contatto sociale"*.

Ma su questo secondo aspetto della riforma sul tema del risarcimento in dottrina e nella giurisprudenza di merito già si stanno formando orientamenti diversi. Ci si è chiesto⁷⁹ *"se il richiamo espresso all'articolo 2043 del Cc e non a quello che sottende la colpa contrattuale del medico (articolo 1218 del Cc) vada inteso o meno come richiamo da parte del legislatore ai principi della colpa aquiliana come struttura da privilegiare nella formazione del giudizio sull'operato e sulle conseguenze dell'operatore sanitario"*. E si è osservato⁸⁰ che occorre *"riconoscere che il ripristino dell'antica regola dell'art. 2043 c.c. appare estremamente coerente con la ratio della riforma sanitaria, votata al contenimento dei fattori di spesa tra i quali possono annoverarsi, per certo, le regole di responsabilità dalle quali dipendono sia l'an sia il quantum del risarcimento del danno da colpa medica"*. Al contrario si è ritenuto che la limitazione del diritto al risarcimento non valga né per la responsabilità del medico dipendente da struttura pubblica o della medesima struttura e neppure nel rapporto privatistico con il medico libero professionista o con la clinica privata⁸¹.

E' da sottolineare che la prima (per quanto consta) decisione di merito che ha affrontato il tema⁸² ha ritenuto (incidentalmente perché nel caso esaminato la prestazione era stata contrattualmente convenuta), sia pure in termini problematici, che la formulazione dell'art. 3, per quanto riguarda la responsabilità civile, fosse idonea a dimostrare l'opzione del legislatore per un ritorno alla costruzione, dogmatica e giurisprudenziale,

77. Si vedano le considerazioni sul punto di R. PARTISANI, *La nuova responsabilità sanitaria, dopo il decreto Balduzzi*, cit., 358.

78. Inedita ma inserita per riassunto nelle *"Recentissime dalla cassazione civile"*, in *Giur. it.*, 2013, 494.

79. Da parte di F. MARTINI, *Il medico non risponde penalmente per colpa lieve*, cit., 34.

80. Si veda di R. PARTISANI, *La nuova responsabilità sanitaria, dopo il decreto Balduzzi*, cit., 357.

81. In questo senso v. B. GRAZZINI, *Responsabilità dell'esercente le professioni sanitarie e rischio clinico nel c.d. "Decreto Balduzzi"*, cit., 1239 ss., cui si rinvia anche per le considerazioni riguardanti i riflessi della riforma sul risarcimento del danno non patrimoniale.

82. Si tratta di Trib. Varese 26 novembre 2012 n. 1406, pubblicata, nella parte che interessa, in *Guida al diritto*, 2013, n. 5, 36, con nota di F. MARTINI, *La previsione riguarda solo le ipotesi per "contatto" dove non c'è accordo scritto tra paziente e sanitario*. Nel senso della continuità normativa degli aspetti civilistici è invece Trib. Arezzo 14 febbraio 2013, in *Danno e responsabilità*, 2013, 368; nello stesso senso, in dottrina, P. FRATI, M. GULINO, G. MONTANARI VERGALLO, S. ZAAMI e V. FINESCHI, *La riforma legislativa della responsabilità sanitaria e le prime applicazioni giurisprudenziali*, cit., 1053 ss.

affermatasi fino al 1999 quando la responsabilità, in mancanza di contratto, poteva essere affermata soltanto a seguito dell'esercizio dell'azione aquiliana ex art. 2043 c.c. Secondo la decisione questa intenzione del legislatore verrebbe confermata (anche) dalla dichiarata intenzione di limitare i confini della c.d. "medicina difensiva"; il richiamo all'art. 2043 c.c. muterebbe infatti, in danno del paziente danneggiato, sia i criteri di ripartizione dell'onere della prova che i termini di prescrizione del diritto (cinque anni invece di dieci).

Ma v'è un'ulteriore modifica contenuta nella legge in esame (alla quale si è già accennato in precedenza) che incide in modo rilevante – in questo caso sull'entità del risarcimento – perché il comma 3 dell'art. 3 l. 189/2012 ha previsto che *"il danno biologico conseguente all'attività dell'esercente della professione sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli articoli 138 e 139 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, eventualmente integrate con la procedura di cui al comma 1 del predetto art. 138 e sulla base dei criteri di cui ai citati articoli, per tener conto delle fattispecie da esse non previste, afferenti all'attività di cui al presente articolo"*⁸³.

Detto in termini semplici: il danno biologico cagionato da responsabilità professionale medica sarà d'ora in poi risarcito con i medesimi criteri previsti per i danni derivanti da sinistri conseguenti alla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti. Con la conseguenza, di non poco rilievo, che poiché gli artt. 138 e 139 richiamati hanno disciplinato la formazione delle tabelle per il risarcimento del danno biologico di non lieve e lieve entità – riservandone l'approvazione al Consiglio dei ministri – sarà la stessa parte pubblica tenuta al risarcimento a determinarne l'entità almeno nei casi in cui obbligata sia la struttura sanitaria.

83. Per un primo esame di questa innovazione v. C. TRECCANI, *Prime osservazioni sull'estensione degli artt. 138 e 139 c.a.p. all'esercente la professione sanitaria*, in *Danno e responsabilità*, 2013, 147. V. altresì R. PARTISANI, *La nuova responsabilità sanitaria, dopo il decreto Balduzzi*, cit., 358 ss.

Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del *novum* legislativo

SOMMARIO

1. DUE APPROCCI DIVERSI. – 2. *IN CULPA SINE CULPA?* – 3. IL LIMITE DELLA COLPA GRAVE. UNA SCELTA O DIFFERENZIAZIONE RAGIONEVOLE. – 4. IMPUTAZIONE PER COLPA E TASSATIVITÀ DELLA LEGGE PENALE. – 5. LA NUOVA NORMA. L'INTERPRETAZIONE DELLA CASSAZIONE. – 5.1. QUALI OSSERVANZA DI QUALI LINEE GUIDA? – 5.2. LA COLPA GRAVE. – 6. PROGNOSI SUGLI EFFETTI E PROBLEMI DI POLITICA DEL DIRITTO.

1

DUE APPROCCI DIVERSI

Letture fortemente divaricate contrassegnano le prime reazioni giudiziarie alla nuova disposizione speciale in materia di responsabilità penale dell'*esercente la professione sanitaria*, introdotta dalla legge n. 189/2012¹: da un lato, una eccezione d'illegittimità costituzionale di un giudice di Milano², dall'altro una sentenza della Corte di Cassazione che è subito stata colta come importante³. I due provvedimenti, entrambi ampiamente motivati, sollecitano una riflessione non solo sul problema specifico della responsabilità medica e sulla nuova disposizione in materia, ma anche su tensioni che attraversano l'attuale situazione spirituale nel mondo penalistico.

La nuova disposizione, com'è noto, recita: "*l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve*", fermo restando l'obbligo di risarcimento del danno (ovviamente questa disciplina si riferisce ad eventi di morte o lesioni).

La nuova legge non è di facile lettura. Uno dei primi commenti sintetizza icasticamente nella formula *in culpa sine culpa* una censura di "*contraddizione in termini, perché ipotizza la colpa nonostante il rispetto delle linee guida*"⁴. L'eccezione di illegittimità costituzionale del Tribunale di Milano è un attacco frontale sia sul piano della qualità tecnica (violazione del principio di determinatezza e precisione), sia sul piano assiologico (asserita incompatibilità col principio d'uguaglianza, con la tutela della salute, e altro ancora).

Alle normali difficoltà d'interpretazione del nuovo (di nuovi testi linguistici e nuove soluzioni normative) si aggiungono nel caso in esame difficoltà peculiari. Dobbiamo fare i conti con una disciplina che la Corte di Cassazione (§. 3 della sentenza in commento) ha definito "*in più punti laconica, incompleta*", non rispondente alle istanze maturate nel dibattito dottrinale e nella "*vivace, tormentata giurisprudenza in tema di responsabilità medica*". Ma questo non esime l'interprete dal suo compito: "*piuttosto che attardarsi*

1. Legge di conversione del d.l. 134 settembre 2012, n. 158, "Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del paese mediante un più alto livello di tutela della salute".

2. Trib. Milano, Sez. IX (ord.), in *Dir. pen. cont.*, 21 marzo 2013.

3. Così la presentazione di F. VIGANÒ, in *Dir. pen. cont.*, 11 aprile 2013, di Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2013 (dep. 9 aprile 2013).

4. P. PIRAS, *In culpa sine culpa. A proposito dell'art. 3 co. 1 l. 8 novembre 2012 n. 189 (linee guida, buone pratiche e colpa nell'attività medica)*, in *Dir. pen. cont.*, 26 novembre 2012. Considerazioni critiche anche in G. CIVELLO, *Responsabilità medica e rispetto delle linee guida, tra colpa grave e colpa lieve*, in *Arch. Pen.*, 2013, 1.

nelle censure, conviene tentare, costruttivamente, di cogliere, e valorizzare il senso delle innovazioni”.

Potremmo anche dire: *non affrettarsi* nelle censure, prima di avere seriamente approfondito i problemi di interpretazione del *novum*; prima di avere almeno tentato un'interpretazione razionale che non si fermi ad apparenze, e che cerchi di cogliere l'insieme delle connessioni sistematiche in cui il *senso delle innovazioni* possa essere compreso.

La maggior parte delle censure mosse dal Tribunale di Milano sono censure di violazione del principio d'uguaglianza: l'ambito di applicabilità della disciplina speciale sarebbe così ampio da mostrare evidenti profili di irragionevolezza. Ma proprio le argomentazioni in chiave di uguaglianza, svolte nell'ordinanza del Tribunale di Milano, possono essere ragionevolmente utilizzate sul piano (logicamente preliminare a tutti gli altri) dell'interpretazione della nuova norma. Davvero vi rientrano (ordinanza, §. 3), compresi nella generica formula della professione sanitaria, i veterinari, farmacisti, biologi, psicologi, operatori sociosanitari? Vi rientrano (§. 6) tutte le attività e tutti i doveri di operatori sanitari, compresi quelli che attengono alla sicurezza del lavoro e dell'ambiente?

Un interprete attento alla *ratio* della disciplina speciale di cui stiamo parlando, troverà in essa una ragione decisiva di delimitazione dell'ambito di applicabilità. La disciplina speciale si riferisce (secondo la riconoscibile *intenzione del testo*) alla attività tipica degli operatori sanitari: attività diagnostica e terapeutica, volta alla cura della salute di esseri umani. I veterinari non c'entrano, l'organizzazione della sicurezza ambientale non c'entra. Questo ci dice una piana interpretazione testuale e teleologica, restrittiva e chiarificatrice delle formule generiche che il legislatore ha adoperato.

Parimenti risolubile sul piano ermeneutico è la questione della cooperazione colposa con soggetti diversi dagli operatori sanitari, che l'ordinanza del Tribunale (§. 5) propone come ulteriore violazione del principio d'uguaglianza: coloro che non sono operatori sanitari sono esclusi dalla nuova 'esimente soggettiva', e risponderebbero anche per colpa lieve nei casi in cui il sanitario è proscioltto. Questa differenziazione c'è davvero, ed appare ragionevole sol che si consideri che l'eventuale colpa del non operatore sanitario non sarebbe una colpa medica, ma d'altra natura, collegata alla natura dell'attività del concorrente (potrebbe essere, per es., una colpa concernente il rischio tecnologico). La denunciata differenza di trattamento riguarda colpe obiettivamente diverse e diversamente valutabili.

A fare apparire ideologicamente significativo l'attacco sferrato dal Tribunale milanese è anche l'irrilevanza, nel giudizio *a quo*, di quasi tutte le questioni sollevate. Dall'ordinanza apprendiamo che il giudizio riguarda operatori sanitari di un istituto ortopedico, imputati di lesioni personali colpose (per colpa generica e violazione dell'arte medica); non sappiamo se la questione del rispetto di linee guida (quali?) fosse stato sollevato o emergesse in concreto. Manifesta, in ogni caso, è l'irrilevanza delle questioni evocate dal Tribunale a proposito della responsabilità di soggetti diversi dagli operatori sanitari, o concernenti profili diversi dalla colpa medica.

2

IN CULPA SINE CULPA?

Facendo il suo mestiere di interprete razionale, la Corte di Cassazione ha messo in luce (§. 9) il carattere *solo apparente* (a *prima lettura*) della contraddizione stigmatizzata con la formula *in culpa sine culpa*. La lettera della legge assume ad oggetto della disciplina speciale (non punibilità della colpa lieve), una fattispecie caratterizzata a) dal rispetto di *linee guida* o di *buone pratiche, accreditate dalla comunità scientifica*, e b) da *colpa lieve*, evidentemente fondata nell'inosservanza di altra o altre regole cautelari. Comunque si valuti la statuizione di non punibilità della colpa lieve, i due aspetti della fattispecie sono logicamente compatibili fra loro: l'osservanza di linee guida non esclude la possibilità di altre inosservanze rilevanti per il giudizio di colpa. La sentenza della Cassazione, in linea con la precedente giurisprudenza, ribadisce che le linee guida hanno *un rilievo*

3 IL LIMITE DELLA COLPA GRAVE. UNA SCELTA O DIFFERENZIAZIONE RAGIONEVOLE

indubbio ma non esaustivo. Non è solo questione di rilievo *probatorio*, ma di rilievo sostanziale nel giudizio normativo sulla colpa: la stessa sentenza pone in luce i limiti di significatività di linee guida che *non* esauriscono il mondo delle regole cautelari.

Il Tribunale di Milano prospetta (§.1) una duplice lettura. Una coincide con quella della Cassazione: “secondo un’interpretazione letterale e razionale si potrebbe ritenere che il comportamento del sanitario è predicato dalla colpa lieve ma non è punibile”. Ma viene additata anche un’altra lettura: “secondo un’interpretazione letterale si potrebbe ritenere che non v’è colpa nell’operatore sanitario che si attenga alle linee guida e alle buone pratiche”. Appunto sulla asserita possibilità di letture *antinomiche*, “non superabili con una mera attività ermeneutica”, viene prospettato un contrasto con il principio di legalità. Fra le righe dell’ordinanza sembra però leggibile una attività ermeneutica che ha diversamente valutato le due interpretazioni poste a confronto: una definita *letterale*, l’altra *letterale e razionale*. La razionalità sta solo da una parte⁵.

Quanto a *collocazione dommatica* (è una formula usata nell’ordinanza del Tribunale milanese), siamo di fronte a una disciplina speciale il cui contenuto normativo è la *non punibilità della eventuale colpa lieve* dell’operatore sanitario che si sia attenuto a *linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica*. Come qualificare questo *novum* entro gli schemi concettuali della teoria del reato? In prima approssimazione, possiamo parlare di *causa di non punibilità*, con l’avvertenza che qui sono ridisegnati i confini dell’area del penalmente rilevante: una *restrizione dell’area di responsabilità penale per colpa*, ritagliata su particolari situazioni relative all’attività sanitaria.

Possiamo parlare di *scusante soggettiva*? L’effetto scusante, sul piano penalistico, c’è; è relativo ad un fatto che per l’ordinamento giuridico complessivo resta colpevole (colposo) e produttivo di effetti (obblighi di risarcimento). Rispetto al sistema generale dell’imputazione soggettiva, un istituto di tipo nuovo, il cui inquadramento potrebbe (forse) suggerire adattamenti terminologici.

Al di là dei rilievi collegati ad aspetti o a problemi specifici di interpretazione della nuova fattispecie, il senso di fondo o collante ideologico dell’eccezione di illegittimità costituzionale emerge nella censura (§. 7) di avere aperto un vuoto di tutela della persona offesa: un venir meno (nei casi di applicabilità della nuova norma) della tutela in sede penale, rispetto alla quale “non può considerarsi fungibile la possibilità di ricorrere al giudice civile”. Il richiamo al principio d’uguaglianza è accompagnato dal richiamo di principi più sostanziali, relativi al bene tutelato (la salute: art. 32) e al diritto ad un’effettiva tutela giudiziaria (artt. 24 e 111).

Viene qui allo scoperto il *nucleo assiologico* dell’approccio del Tribunale: una valutazione negativa della nuova norma *in quanto restrizione della tutela penale*: di per sé censurabile indipendentemente dagli asseriti difetti tecnici del modo in cui è stata articolata.

Emerge ancora una volta, non dichiarata, l’idea di un livello costituzionalmente necessario di tutela penale, che si esprime con eccezioni *in malam partem* di fronte ad arretramenti di tale forma di tutela. In quest’ottica, diritto penale sostanziale e strumenti processuali vengono visti come facce di un medesimo problema, al punto che principi costituzionali relativi alla giurisdizione vengono adottati (come nel nostro caso) a fondamento di censure relative a norme penali sostanziali, e principi sostanziali (come il diritto alla salute) vengono adottati a fondamento anche di censure relative a istituti processuali (caso ILVA)⁶.

5. In realtà, l’interpretazione definita (solo) letterale è semplicemente sbagliata, in contrasto anche con la lettera di un testo normativo che ipotizza la possibilità di una colpa pure in caso di osservanza di linee guida: possibilità di una colpa non solo lieve (sufficiente a fondare obblighi civilistici di risarcimento), ma anche grave, idonea a fondare una responsabilità anche penale.

6. D. PULITANÒ, *Fra giustizia penale e gestione amministrativa. Riflessioni a margine del caso ILVA*, in *Questa rivista*, 2013, 1, p. 44 ss. Ad oggi, dal

Com'è noto, la Corte costituzionale italiana, con giurisprudenza costante, ritiene inammissibili le questioni di legittimità costituzionale volte alla creazione o all'ampliamento di fattispecie di reato⁷. Di questo indirizzo ho proposto tre decenni fa⁸ una lettura e giustificazione di merito: il principio di legalità, forma istituzionale del diritto penale, ha anche un significato sostanziale. Affidando al legislatore le scelte di penalizzazione, il principio di legalità mantiene il problema penale come problema aperto politicamente e razionalmente. La tutela di beni giuridici è condizione necessaria di legittimazione dello strumento penale, ma non è sufficiente a fondare obblighi di penalizzazione.

La motivazione del Tribunale sulla rilevanza delle questioni sollevate (§.10) pone in rilievo il carattere certamente speciale e comunque più favorevole della norma impugnata, rispetto alla normativa generale previgente altrimenti applicabile. Ciò sembra voler suggerire che le questioni sollevate siano da ricondurre alla tipologia delle norme penali di favore, rispetto alle quali il sindacato di costituzionalità in *malam partem* è stato ritenuto ammissibile (Corte Cost. n. 394 del 2006⁹). Non è esattamente così: le norme penali di favore, su cui la sentenza del 2006 ha ritenuto ammissibile il proprio sindacato, sono norme incriminatrici speciali (più miti) il cui ambito di applicazione è interno all'area coperta da altre norme penali di portata più generale. Nel nostro caso, invece, la norma impugnata ha portato la fattispecie disciplinata (colpa lieve dell'operatore sanitario che si sia attenuto a linee guida pertinenti) al di fuori del confine del penalmente rilevante. Si tratta di un caso di *abolitio criminis* parziale, come la Cassazione ha rilevato (§. 15); accostabile ad altri sui quali la Corte costituzionale si è pronunciata con sentenze di inammissibilità¹⁰.

Nel merito, restrizioni della responsabilità penale per colpa sono coerenti, in via di principio, con la struttura generale del sistema. La colpa è un legittimo criterio d'imputazione penale, ma non è criterio di applicazione generale. Nell'ambito dei delitti la responsabilità per colpa non è il criterio di base; è una scelta possibile, affidata al legislatore di parte speciale (art. 42, comma 2, cod. pen.). Certo, è il criterio cui siamo abituati in relazione ai delitti contro la vita e l'integrità fisica. Ma anche in questo campo ciò è il risultato di una valutazione di politica del diritto, di competenza del legislatore; non di un vincolo di tutela penale, nemmeno nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, pur aperta al riconoscimento di obblighi di tutela penale della vita e dell'integrità fisica¹¹.

Sul piano della politica del diritto, i limiti della responsabilità per colpa sono un problema aperto; non solo nel settore della responsabilità medica. "Estendere il più possibile i casi di imputazione solo per colpa grave": è un indirizzo che un autorevole studioso addita come l'orientamento di politica legislativa più importante per un effettivo superamento della responsabilità oggettiva: il criterio "quanto meno la colpa (lieve)" rischia di essere un mero *maquillage* di facciata¹².

comunicato della Corte costituzionale sappiamo che le questioni sollevate sono state dichiarate infondate o inammissibili.

7. Il principio di legalità dei reati e delle pene (art. 25 Cost.) comporta l'impossibilità per la Corte di "pronunciare alcuna decisione, dalla quale derivi la creazione – esclusivamente riservata al legislatore – di una nuova fattispecie penale": Corte cost. n. 108 del 1981, in *Giur. cost.*, 1981, I, p. 948, con nota di M. BRANCA, *Norme penali di favore: dall'irrelevanza al rifiuto della sentenza-legge*, ivi, p. 913 s. "Solo il legislatore può, nel rispetto dei principi della Costituzione, individuare i beni da tutelare mediante la sanzione penale, e le condotte, lesive di tali beni, da assoggettare a pena, nonché stabilire qualità e quantità delle relative pene edittali": Corte cost. n. 447 del 1998, sulla riforma del 1997 dell'abuso d'ufficio, dove si ritrova una più ampia motivazione di un indirizzo consolidato e stabile. Sulla prima grossa ondata di eccezioni in *malam partem*, numerose pronunce di inammissibilità sono state emanate nel 1983, sia in relazione ai limiti strutturali di figure delittuose (n. 233 sull'art. 501 *bis*; n. 232 sull'art. 437 c.p.; n. 295) sia su istituti penalistici diversi (n. 114 e 177 in tema di prescrizione; n. 71 in tema di depenalizzazione; n. 166 in tema di aggravanti; n. 167 in tema di semilibertà). In epoca più recente cfr. *ex multis* Corte cost. n. 411 del 1995; n. 317 del 1996; n. 288 e n. 332 del 1996; n. 161 del 2005.

8. D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 484 s. Fra le recenti rivisitazioni del tema: C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009; S. MANACORDA, *Dovere di punire? Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1364 s.

9. È l'inquadramento di M. SCOLETTA, nella presentazione dell'ordinanza pubblicata in *Dir. pen. cont.*, 29 marzo 2013

10. False comunicazioni sociali (n. 161/2005), abuso d'ufficio (n. 447/1998).

11. Riferimenti in S. MANACORDA, *op. cit.*, p. 1385

12. M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 124 s. (citazioni da p. 154).

Nella specifica materia della responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria¹³, una proposta di riforma dei penalisti dell'Università Cattolica è così formulata: "Art. 590-ter (morte o lesioni come conseguenza dell'esercizio di una professione sanitaria): - L'esercente una professione sanitaria che, in presenza di esigenze terapeutiche, avendo eseguito od omesso un trattamento, cagioni la morte o una lesione personale del paziente è punibile ai sensi degli articoli 589 e 590 solo in caso di colpa grave"¹⁴.

Lo spostamento della soglia minima dell'imputazione soggettiva, dalla colpa lieve alla colpa grave, viene dunque proposto per ambiti diversi: sia come soluzione specifica per la responsabilità del medico, sia come soluzione tendenzialmente generale (da estendere il più possibile). La norma speciale introdotta dal 'decreto sanità' copre un ambito assai più ristretto.

La censura d'illegittimità costituzionale, rivolta contro il pur modesto restringimento della punibilità per colpa, va in direzione diametralmente opposta alle indicazioni di politica del diritto provenienti dalla dottrina. La linea sottesa, non certo improponibile sul piano della politica del diritto, è una fra le possibili soluzioni del problema dell'imputazione soggettiva; la responsabilità fino alla soglia della colpa lieve è la soluzione cui siamo abituati, ma non può pretendere di essere una soluzione costituzionalmente obbligata. Il campo della (eventuale!) responsabilità per colpa (fino al limite massimo possibile? o in limiti più ristretti?) è un problema di politica del diritto, aperto ad una pluralità di soluzioni.

È censurabile (alla stregua del principio d'uguaglianza) una soluzione differenziata per l'attività sanitaria? È una soluzione discutibile, nel senso letterale del termine: rientra in un'area di ragionevole discussione, di confronto fra ragioni pro e contro. Sono sul tappeto indicazioni che vanno nel senso di uno spostamento più ampio verso il criterio della colpa grave. In un sistema ancora legato al criterio della colpa *tout court* (cioè fino al limite estremo della colpa lieve) aspetti peculiari dell'attività sanitaria rendono comunque meritevole di considerazione un regime differenziato, un diverso equilibrio fra esigenze di responsabilizzazione ed esigenze di protezione di chi sia impegnato in attività così esposte a rischio.

Quanto alla sfasatura che si è introdotta fra gli ambiti della responsabilità civile e penale, non è certo una novità di sistema: vi è sfasatura in tutti i casi in cui la responsabilità penale (per delitto) è limitata al dolo. La maggiore selettività dei criteri della responsabilità penale (anche dei criteri d'imputazione soggettiva) è coerente con l'idea del penale come *extrema ratio*, idea regolativa dell'approccio liberale al problema penale.

Queste considerazioni conducono a riconoscere la legittimità di principio del differenziare i criteri della responsabilità per colpa. Ciò non chiude il discorso sulla nuova legge, ma è la premessa di ulteriori problemi, concernenti la fattispecie cui si collega il trattamento differenziato.

4

IMPUTAZIONE PER COLPA E TASSATIVITÀ DELLA LEGGE PENALE

La restrizione dell'area di responsabilità penale è stata impugnata dal Tribunale milanese (§. 2) anche per violazione del principio di legalità: difetto di determinatezza e precisione "anche per l'assenza di qualsiasi riferimento normativo per il concetto di colpa lieve" (oltre che per ampie falle di determinatezza in altri elementi della fattispecie). In questo paragrafo svolgeremo qualche riflessione sul tema della colpa: sollevando un problema di (in)determinatezza, il Tribunale milanese ha richiamato l'attenzione su un problema che attraversa a tutto campo l'istituto della responsabilità per colpa.

L'ordinanza del Tribunale pone l'accento sull'esigenza che sia data "al cittadino

13. Cfr. *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria*, a cura di G. FORTI-M. CATINO-F. D'ALESSANDRO-C. MAZZUCCATO-G. VARRASO, Milano, 2010.

14. La colpa è definita grave "quando l'azione o l'omissione dell'esercente una professione sanitaria è inosservante di fondamentali regole dell'arte e ha realizzato un rischio manifestamente irragionevole per la salute del paziente".

prima ancora che al giudice” una definizione della colpa (dei criteri della colpa) non lasciata all’arbitrio ermeneutico. Giustissimo: per il cittadino – *rectius*: per il destinatario dei precetti penali – i criteri della colpa concorrono a definire i contenuti del dovere. Su ciò convergono dottrina e giurisprudenza, là dove affermano che la questione della colpa “non possa esaurirsi nell’ambito della colpevolezza ma attenga direttamente anche alla tipicità del fatto”¹⁵. La violazione di regole cautelari (o di diligenza) ha una *doppia rilevanza*: non solo sul piano della colpevolezza, ma già su quello della tipicità¹⁶. Da ciò i corollari che la più attenta dottrina ha evidenziato: “*attratta nell’orbita del fatto colposo, la regola cautelare condivide la duplice funzione di garanzia che la tipicità svolge, in modo equilibrato e simmetrico, nei confronti del bene giuridico e del favor libertatis*”; la sua determinazione “non può essere rimessa alla discrezionalità giudiziale, ma deve risultare pre-definita e riconoscibile ex ante dall’agente quale regola comportamentale astratta”¹⁷.

In questi termini si pone il problema della determinatezza dei criteri della colpa lieve, là dove questa definisce la regola comportamentale che il destinatario è tenuto ad osservare. Nel caso disciplinato dalla norma speciale del ‘decreto sanità’, v’è uno spostamento del *discrimen* della punibilità, come scrive il Tribunale milanese; uno spostamento sulla soglia della colpa grave. Non v’è però un affievolimento della regola comportamentale posta dall’ordinamento giuridico complessivamente considerato: la responsabilità giuridica (non penale) resta governata dal criterio della colpa *tout court* (cioè della colpa lieve). Il problema nuovo è il *discrimen* della punibilità, cioè la colpa grave.

Sollevando il problema della carenza di tassatività con riferimento alla colpa lieve, il Tribunale milanese ha rimesso (inavvertitamente?) in discussione la legalità/determinatezza della colpa nella sua disciplina generale, costruita fino al *limite della colpa lieve*. Il *novum* della normativa impugnata è invece l’allontanamento da tale limite generale, con spostamento della responsabilità penale sul criterio più selettivo della colpa grave. È la determinatezza della colpa grave, e non della colpa lieve quale estremo *limes* della colpa, il problema ermeneutico portato in primo piano dalla nuova norma.

Questioni relative alla determinatezza di norme penali sono state non raramente sollevate, e raramente accolte. La Corte Costituzionale, fin dalla prima sentenza in materia, ha sottolineato che l’interprete della legge ha innanzitutto l’ufficio di “*attuare il procedimento ordinario di interpretazione, anche se diretto ad operare l’inserzione del caso concreto in una fattispecie molto ampia e di non agevole interpretazione*”¹⁸. Per salvare la norma incriminatrice dalla censura d’indeterminatezza è necessario e sufficiente che “la descrizione del fatto incriminato consenta comunque al giudice – avuto riguardo alle finalità perseguite dall’incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca – di stabilire il significato di tale elemento (cioè della formula in discussione) mediante un’operazione interpretativa non esorbitante dall’ordinario compito a lui affidato”, sorretta da un “fondamento ermeneutico controllabile”¹⁹.

Comunque si valuti il *restraint* della Corte Costituzionale nella soluzione dei casi concreti, la priorità del procedimento ordinario di interpretazione è una priorità logica, prima che normativa. Nella giurisprudenza costituzionale è un’indicazione di principio, ripetutamente espressa anche con richiamo alla rilevanza ermeneutica dei principi costituzionali, o nella forma di sentenze interpretative²⁰.

15. Cass. 17 maggio 2007, n. 885, pubblicata per intero sul sito Petrolchimico.it; in *Foro it.* 2007, II, p. 550, con nota di R. GUARINIELLO. È la sentenza che ha chiuso nel 2006 il processo relativo al Petrolchimico di Porto Marghera.

16. G. MARINUCCI, *Il reato come azione*, Milano 1971, p. 157 s.; M. GALLO, voce *Colpa*, in *Enc. Dir.*, VII, 1960, p. 637; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano 1990, p. 67, 199.

17. F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 90.

18. Corte cost. n. 27 del 1961. in *Giur. cost.*, 1961, p. 537, con nota di ESPOSITO.

19. Corte cost. 13 gennaio 2004, n. 5, che fa espresso richiamo a precedenti sentenze: nn. 34 e 31 del 1995; n. 247 del 1989; n. 122 del 1993. Gli stessi principi sono richiamati nella sentenza n. 327 del 2008.

20. Anche in tema di colpa è stata pronunciata una interessante sentenza interpretativa: n. 312 del 1996.

5 LA NUOVA NORMA. L'INTERPRETAZIONE DELLA CASSAZIONE

Di fronte a norme nuove, l'interprete si sente spesso a disagio, e ciò è comprensibile. Un nuovo testo esige una nuova lettura: la ricognizione di ciò che è nuovo e di ciò che lo collega al sistema. Non si riparte da zero, ma da principi e da tradizioni interpretative; dal sistema che il nuovo inserimento intende modificare, e nel quale cerca il suo spazio. Di fronte alla nuova norma speciale sulla responsabilità dell'operatore sanitario, la Corte di Cassazione, nella sentenza n. 268/2012, si è caricata di questo compito ermeneutico.

Nella nuova disposizione speciale, volta a ridisegnare i confini della colpa medica, già a prima lettura la Corte di Cassazione ha messo a fuoco i *due tratti di nuova emersione*. Primo: la distinzione tra colpa lieve e colpa grave, non estranea al sistema ma valorizzata in modo nuovo *nell'ambito della disciplina penale dell'imputazione soggettiva*. Secondo: *“la valorizzazione delle linee guida e delle virtuose pratiche terapeutiche, purché corroborate dal sapere scientifico”*.

Il percorso argomentativo della sentenza parte dall'esame della storia della responsabilità medica (§. 5), nella quale già si riscontra l'emersione del problema della colpa grave²¹, in relazione all'art. 2236 c.c. (§. 6): la responsabilità civile del prestatore d'opera, *se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà*, è limitata alla sola colpa grave²². La sentenza in commento così riassume il senso della giurisprudenza penale precedente: *“espunto l'art. 2236 dal novero delle norme applicabili nell'ordinamento penale”*²³, esso vi è rientrato per il criterio di razionalità del giudizio che esprime. La norma civilistica *“può trovare considerazione [...] non per effetto di diretta applicazione nel campo penale, ma come regola di esperienza cui il giudice possa attenersi nel valutare l'addebito di imperizia”*²⁴. Questa rivisitazione della normativa civilistica è valutata importante: un recupero delle ragioni profonde che stanno alla base del tradizionale criterio di attenuazione dell'imputazione soggettiva.

Sia consentito chiosare che questa conclusione potrebbe essere più linearmente motivata riconoscendo nell'art. 2236 una specificazione dei principi generali sulla colpa, valida per l'intero ordinamento giuridico: ammettere la responsabilità penale per colpa là dove la responsabilità civile sia esclusa²⁵, è incoerente con l'idea del diritto penale come *extrema ratio*, e con la struttura complessiva dei rapporti fra illecito penale e illecito civile.

La sentenza in commento prosegue dando conto (§. 7) delle *“forti istanze di determinatezza”* in materia di colpa, del valore della specificazione della norma cautelare, ma anche dell'impossibilità di fare a meno della colpa generica, pur con il suo inevitabile carico di preoccupante vaghezza; in questo contesto rivendica il ruolo della giurisprudenza. Segue la parte più impegnativa, dedicata ai temi della rilevanza del sapere scientifico e tecnologico (ancora §. 7), e a quello delle linee guida (§. 8-10).

La portata della nuova normativa è fotografata nel §. 11: riguarda l'ipotesi del professionista sanitario che *“si orienti correttamente in ambito diagnostico e terapeutico”*, secondo strategie suggerite dal sapere scientifico consolidato, ma che *“commetta qualche errore proprio nell'adattamento delle direttive di massima alle evenienze ed alle peculiarità che gli si prospettano nello specifico caso clinico”*. *“In tale caso, la condotta sarà*

21. Un quadro aggiornato in A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Milano, 2012, p. 118 s.

22. La limitazione va interpretata come riferita alla sola colpa per imperizia: Corte cost. n. 166 del 1973. Su questa delimitazione la giurisprudenza è pacifica. Il metro della diligenza e prudenza dovute dovrebbe essere invece tanto più severo, quanto maggiori le difficoltà del compito: A. CRESPI, *La colpa grave nell'esercizio dell'attività medico-chirurgica*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1973, p. 256; G. GRASSO, *La responsabilità penale nell'attività medico-chirurgica: orientamenti giurisprudenziali sul grado della colpa*, in Riv. it. med. leg., 1979, p. 80.

23. Cfr. *ex multis* Cass. 5 aprile 2011, in Riv. it. med. leg., 2012, I, p. 369.

24. Cass. 21 giugno 2007, n. 39592.

25. L'espressa affermazione del criterio della colpa grave, come criterio generale di delimitazione della responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria, è oggetto di una proposta di riforma illustrata ne *Il problema della medicina difensiva*, a cura di G. Forti-M. Catino-F. D'Alessandro-C. Mazzuccato-G. Varraso, Milano, 2010.

5.1

QUALE OSSERVANZA DI QUALI
LINEE GUIDA?

soggettivamente rimproverabile, in ambito penale, solo quando l'errore sia non lieve".

Aiuta a comprendere la nuova norma, secondo la sentenza, la considerazione delle caratteristiche delle linee guida. A ben vedere, la sentenza addita la ragionevole pre-comprensione del senso della normativa speciale. La non punibilità della colpa lieve si inserisce in un contesto che, ad una valutazione d'insieme, può davvero essere descritto con la formula paradossale *in culpa, sine culpa*, se intesa non come denuncia di una contraddizione (reale o apparente) ma come descrizione di una fattispecie complessa, il cui nucleo è costituito da un sostanziale adempimento dei (principali) doveri del professionista sanitario; un adempimento imperfetto (non immune da colpa), ma per lievi imperfezioni che l'adempimento di fondo consente (e suggerisce) di non considerare ai fini penali.

Questa precomprensione del senso normativo ragionevolmente leggibile nella nuova norma è la premessa (non l'approdo) del discorso ermeneutico sui diversi elementi della fattispecie: si tratta di precisare a) a quali presupposti sia collegata la restrizione della responsabilità per colpa (che cosa significhi attenersi a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica); b) in che cosa consista la colpa grave che fonda la responsabilità penale pur in un contesto di osservanza di linee guida.

Il tema (e problema) delle linee guida nasce dalla realtà dei fatti, di pratiche che il diritto si trova dinanzi e deve valutare, anche in assenza di disposizioni specifiche come quella di fresca introduzione. È in gioco, a tutto campo, l'istituto della responsabilità per colpa: la definizione generica di linee guida si presta a comprendere un variegato mondo di codificazioni (formalizzazioni testuali) di raccomandazioni o regole di comportamento nell'attività sanitaria, per le quali possa porsi il problema della eventuale rilevanza come criteri pertinenti al giudizio di colpa.

Nell'ottica penalistica le correnti definizioni di linee guida, radicate nel discorso e nella pratica sanitaria, additano non un istituto giuridico, ma un campo problematico ben presente nella giurisprudenza e nelle riflessioni sulla responsabilità medica²⁶. La sentenza in commento dà atto (§. 8) di un multiforme universo di fonti diverse, di diverso grado di affidabilità, con diverse finalità specifiche. La giurisprudenza vi ravvisa riferimenti utili, ma *non uno strumento di precostituita, ontologica affidabilità*. Con riguardo a linee guida ospedaliere, la Corte di Cassazione ha affermato che il rispetto di linee guida *"nulla può aggiungere o togliere al diritto del malato di ottenere le prestazioni mediche più appropriate né all'autonomia ed alla responsabilità del medico nella cura del paziente"*²⁷. Linee guida *provenienti da fonti autorevoli e caratterizzate da un adeguato livello di scientificità* possono essere uno strumento utile per valutare la condotta del sanitario e misurarne la diligenza o perizia, ma non eliminano la discrezionalità (e quindi la responsabilità) del suo giudizio nel caso concreto.

La nuova norma impone una rivisitazione del tema, per il semplice fatto che la fattispecie speciale, oggetto della nuova disciplina, è imperniata sull'attenersi a linee guida d'un certo tipo: *accreditate dalla comunità scientifica*. Secondo l'ordinanza del Tribunale di Milano (§. 10) *"trattasi di mere raccomandazioni per le quali la legge non offre alcun criterio di individuazione e determinazione"*. Da ciò l'eccezione di violazione del principio di tassatività.

Anche su questo punto la Corte di Cassazione si è impegnata sul piano ermeneutico, logicamente preliminare. Con quali risultati?

Nella troppo laconica formulazione legislativa non v'è alcun riferimento a criteri

26. Nella letteratura penalistica, un'ampia informazione in M. CAPUTO, *Filo d'Arianna o flauto magico? Linee guida e check list nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 875 s.

27. Cass. 23 novembre 2010, n. 8254, con note di G. MARRA e di T. CAMPANA in *Cass. pen.*, 2012, p. 547 s.; di A. DI LANDRO, *Linee guida e colpa professionale*, in *Foro it.*, 2011, II, 424 s. Cfr. anche Cass. 11 luglio 2012, in *Guida al diritto*, 2012, n. 40, p. 62.

formali, a fonti da prendere in considerazione per selezionare le linee guida rilevanti per la valutazione giuridica. Senza confrontarsi con questa lacuna testuale, la Corte di Cassazione ha fatto leva sull'unica indicazione espressa contenuta nel testo: la nuova norma attribuisce rilevanza a linee guida la cui fonte di accreditamento è la *comunità scientifica*. Sarebbe qui *"abbozzato un indirizzo sia per il terapeuta che per il giudice, nel segno della documentata aderenza al più accreditato sapere scientifico e tecnologico"* (§. 4). *"Se ci si chiede dove il giudice, consumatore e non produttore di leggi scientifiche e di prescrizioni cautelari, possa rinvenire la fonte preconstituita alla stregua della quale gli sia poi possibile articolare il giudizio senza surruttizie valutazioni a posteriori, la risposta può essere una sola: la scienza e la tecnologia sono le uniche fonti certe, controllabili, affidabili"* (§. 7).

Questa caratterizzazione, di sapore illuministico, riecheggia l'impostazione di una non recente sentenza della Corte Costituzionale, n. 475 del 1978, che, investita di una questione di legittimità (per difetto di determinatezza) dell'art. 24 del D.P.R. n. 303 del 1956 (obbligo di adottare i provvedimenti consigliati dalla tecnica per diminuire l'intensità di rumori dannosi), la ha respinta affermando che *"non può farsi questione di genericità e indeterminatezza della fattispecie quando il legislatore fa riferimento a suggerimenti che la scienza specialistica può dare in un determinato momento storico"*.

Sui rapporti fra scienza e diritto merita di essere ricordata la sentenza n. 282/2002, la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una legge della Regione Marche che disponeva la sospensione delle terapie di elettroshock. La questione, sorta con riguardo ai poteri legislativi delle regioni, è stata impostata dalla Corte con riferimento ai principi fondamentali dell'ordinamento, e risolta con una ridefinizione restrittiva dei poteri legislativi di *qualsiasi autorità*. *"Salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali, non è, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni. Poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione. [...] A questi principi si riconduce anche il codice di deontologia medica"*.

Ciò non significa che al legislatore sia preclusa ogni possibilità di intervenire, per es. col prescrivere procedure particolari per l'impiego di mezzi terapeutici a rischio, ma *"un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, bensì dovrebbe prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi - di norma nazionali o sovranazionali - a ciò deputati, dato l'essenziale rilievo che, a questi fini, rivestono "gli organi tecnico-scientifici" (cfr. sent. n. 185 del 1998); o comunque dovrebbe costituire il risultato di una siffatta verifica"*.

La scienza *può dare*, dice la Corte costituzionale, indicazioni atte a fondare la compatibilità di date disposizioni col principio di determinatezza. Si tratta di vedere che cosa riesca a dare nei casi concreti: sono problemi (al plurale) non di astratto diritto, ma di fatto, legati allo *stato della scienza in un determinato momento storico*. La giurisprudenza della Corte di Cassazione addita possibili percorsi (per così dire) di interrogazione della scienza da parte di chi ne abbia bisogno. La sentenza in commento richiama espressamente la sentenza Cozzini del 2010 (dello stesso estensore, il consigliere Blaiotta), forse la più matura elaborazione giurisprudenziale, sulla scia della storica sentenza Franzese²⁸, di un tema che solo in prima approssimazione può essere definito come tema della prova scientifica²⁹. Dietro il problema probatorio ci sono problemi e

28. Cass., S.U., 12 luglio 2002, in *Cass. pen.*, 2002, p. 3643 s.

29. Cass., Sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786, Cozzini, est. Blaiotta, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1679 s., con nota di R. BARTOLI.

principi attinenti al contenuto stesso delle fattispecie legali, ed all'apporto che il sapere scientifico (il sapere sul mondo) può dare per la comprensione di ciò che il diritto descrive e prescrive³⁰.

Rispetto ai problemi esaminati nella sentenza Cozzini, concernenti il nesso di causalità, le questioni relative alla colpa presentano profili più complessi: alla scienza è richiesto non semplicemente un apporto di conoscenze fattuali, ma anche un contributo alla messa a punto di regole di comportamento, alla luce di conoscenze scientifiche utili per il *risk assessment* e il *risk management*.

Tutto questo riguarda non soltanto il giudice e l'accertamento processuale. Riguarda la dimensione normativa e i destinatari dei precetti legali. È la pretesa di offrire una idonea guida di comportamenti, che definisce l'universo di regole cautelari rilevanti ai fini della colpa, e definisce anche il concetto di linee guida.

La nuova disciplina (così la sentenza in commento conclude la trattazione di questo tema) "*propone un modello di terapeuta attento al sapere scientifico*". "*Il terapeuta potrà invocare il nuovo, favorevole parametro di valutazione della sua condotta professionale solo se si sia attenuto a direttive solidamente fondate e come tali riconosciute*".

La rilevanza del sapere, per l'adempimento di doveri di buon comportamento, non è certo una novità; è alla radice della razionalità del sistema dell'imputazione per colpa. Per l'interpretazione della nuova legge è lo sfondo razionale che la sentenza in commento ha richiamato. Un buon punto di partenza per impostare problemi più specifici, non solo di applicazione a casi concreti, ma anche di interpretazione della nuova disciplina.

Il riferimento a *linee guida* implica qualcosa di più che non il mero fondamento o accreditamento scientifico della regola di comportamento. L'idea di linee guida implica una qualche formalizzazione in testi che danno indicazioni di comportamento ed hanno una fonte riconoscibile, attingibile dall'operatore sanitario.

La nuova disciplina, come interpretata dalla sentenza in commento, pur senza indicare fonti formali, addita un criterio di selezione che taglia fuori disposizioni puramente organizzative, e dà rilievo ad indicazioni *accreditate* scientificamente per il loro contenuto: linee guida che dettano *buone pratiche*, ovvero *regole di perizia* funzionali al complessivo svolgimento dell'attività sanitaria. Quale sia (o possa essere) la fonte formale delle linee guida con contenuti scientificamente accreditati, sembra essere lasciato sullo sfondo.

Su questo punto la censura di indeterminatezza (§. 9 dell'ordinanza del Tribunale di Milano) svolge rilievi che meritano considerazione: nella nuova norma "*non vengono specificate le fonti delle linee guida*", non i metodi di verifica scientifica, non le modalità per renderle conoscibili, né "*se l'accreditamento debba provenire dalla comunità scientifica locale, regionale, nazionale, europea o internazionale*".

Questi rilievi sfidano a cercare un'interpretazione della nuova norma, che abbia senso entro il sistema dell'imputazione soggettiva: il *terapeuta attento al sapere scientifico*, evocato dalla Corte di Cassazione, su quali linee guida è tenuto a orientarsi?

Nella nuova norma, il buon terapeuta *non* trova una fonte di nuove indicazioni prelettive. I suoi doveri restano quelli disegnati dall'ordinamento giuridico complessivamente considerato: dai precetti penali e dal contorno di regole cautelari, formalizzate o ricostruibili come regole di diligenza prudenza perizia. Nessuna restrizione (e nessun ampliamento) di *Sorgfaltspflichten* (di doveri di diligenza in senso lato) è leggibile nella norma. Questa non è una lacuna, ma è la scelta del legislatore: la possibile restrizione della responsabilità penale non è legata ad una restrizione o rimodulazione dei *Sorgfaltspflichten* del *terapeuta attento al sapere scientifico*. Caso mai è legata ad un adempimento ritenuto sufficiente – ancorché imperfetto – per una conclusione di non punibilità in presenza d'una colpa lieve.

30. Sia consentito rinviare a D. PULITANÒ, *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 795 s.

Per ciascun terapeuta potranno venire in considerazione eventuali linee guida (o regole codificate comunque denominate) che abbiano rilevanza formale per l'organizzazione in cui sia inserito o per la sua professione; anche linee guida o disposizioni di fonte locale, che concorrano a definire l'insieme dei doveri dell'operatore sanitario. Su questo piano entrano in gioco anche disposizioni non valutabili come regole cautelari, ma delle quali il nostro agente debba tenere conto.

Viene comunque in rilievo il sapere scientifico sulla cui base si costruisce il patrimonio delle *leges artis*. Potrà servire da matrice di regole cautelari non codificate, ma individuabili come regole di diligenza prudenza perizia; o come criterio di controllo della valenza cautelare di indicazioni codificate, quale che ne sia la provenienza³¹. Particolare interesse potrà avere l'eventuale codificazione di linee guida nelle sedi e con le forme in cui si esprime la comunità scientifica (sia nazionale che internazionale).

In questo contesto si inserisce la nuova norma, che, come già visto, non immuta i doveri dell'operatore sanitario, limitandosi a prevedere le condizioni di una possibile restrizione della responsabilità penale. Ovviamente, l'*attenersi a linee guida* che può produrre effetti sul giudizio di colpa è quello che cade su linee guida pertinenti al caso concreto, quali regole cautelari idonee: un rispetto che possa essere valutato come sostanziale (ancorché incompleto) adempimento del dovere di diligenza/prudenza/perizia, al punto da togliere rilievo penale all'eventuale residua colpa *lieve*.

Il profilo o presupposto positivo di questa disciplina è che il sanitario si sia attenuto a linee guida o buone pratiche *accreditate dalla comunità scientifica*. La fattispecie disciplinata dalla nuova norma opera una selezione dentro l'insieme degli adempimenti che condurrebbero ad una esclusione totale di colpa: adempimenti, dunque, compatibili con la colpa: sia con la colpa lieve che con la colpa grave. È una costruzione alquanto barocca, non facilmente decifrabile. La Corte di Cassazione ha messo a fuoco gli elementi di base: l'affidamento al sapere scientifico e tecnologico quali *uniche fonti di accreditamento* (cioè di controllo e selezione contenutistica) di linee guida. Coerente, in questo quadro, è l'assenza di riferimenti a fonti formali: ciò che conta è solo l'accreditamento contenutistico.

L'applicazione della nuova norma potrà giovare dell'esperienza giurisprudenziale che già in precedenza si è formata attorno al problema della rilevanza di linee guida per il giudizio di colpa. Restano aperti (e non tematizzati dalla sentenza in commento) ulteriori delicati problemi: in che cosa consiste l'*attenersi a linee guida* che fonda l'arretramento dei limiti della punibilità? Si tratta di definire i requisiti di un *attenersi* imperfetto, ma di possibile rilevanza ai fini della non punibilità. La rilevanza attribuita all'*attenersi a linee guida* richiede ragionevolmente un'osservanza di regole sufficientemente specificate: di regole di comportamento estraibili dalle linee guida, e tali da poter valere come regole cautelari; regole, peraltro, che lasciano margini di adattamento ed eventuali esigenze di scostamento.

Problemi nuovi e intricati sorgeranno in ordine al rapporto fra i profili di adempimento e di inadempimento, dei quali si compone la fattispecie disciplinata dalla nuova norma. Quale consistenza dovrà avere l'adempimento del dovere (l'osservanza di linee guida accreditate), e in che cosa potrà consistere la residua colpa lieve non punibile? L'applicazione nei casi concreti dovrà verificare a quali condizioni questo effetto, in deroga alle regole generali, possa ritenersi ragionevole (o non irragionevole). Sarà la concreta casistica ad avviare una riflessione non scolastica.

31. In questi termini, anche un autore (CIVELLO, *op. cit.*) fortemente critico verso il legislatore del 2012, prospetta una ragionevole interpretazione: "la giurisprudenza effettuerà un vaglio sostanziale delle linee guida invocate dalle parti processuali, al fine di verificarne la natura *stricto sensu* cautelare" (che dunque non può affatto ritenersi postulata sempre e comunque dal legislatore!).

5.2

LA COLPA GRAVE

La distinzione fra colpa lieve e colpa grave è additata dalla Cassazione (§. 13) come il *tema più nuovo ed oscuro* posto dalla nuova disciplina. Forse è meno oscuro di altri, e nuova non è la distinzione, né la sua rilevanza ai fini della commisurazione della pena *ex art.* 133 c.p. La novità sta nello spostamento del confine della punibilità, alla soglia della colpa grave; ma nemmeno questo è del tutto nuovo, se teniamo conto delle discussioni attorno all'art. 2236 c.civ.

La nuova disposizione di favore, a differenza dell'art. 2236 c.civ., ha un ambito d'applicazione non limitato ai casi di speciale difficoltà; ma delle caratteristiche del caso concreto si dovrà ovviamente tenere conto nel giudizio sulla misura dell'eventuale colpa.

La sentenza in commento propone (§. 13 e 14) alcuni criteri pertinenti alla graduazione della colpa, e quindi utili per l'individuazione della colpa grave: il *quantum di esigibilità* dell'osservanza delle regole cautelari, la *motivazione della condotta*. La valutazione di gravità della colpa presenta comunque spazi di discrezionalità ineliminabili; possono venire in rilievo e vengono normalmente in rilievo *più indicatori*. Sarebbe *riduttivo*, dice la Corte, discutere di gravità della colpa con riguardo alle sole regole basilari. La gravità della colpa viene misurata essenzialmente nella misura del *distacco dal modello di comportamento*: colpa grave “*in presenza di una deviazione ragguardevole rispetto all'agire appropriato definito dalle standardizzate regole d'azione*”, o “*quando l'erronea conformazione dell'approccio terapeutico risulti marcatamente distante dalle necessità di adeguamento alle peculiarità della malattia*”.

Eccesso di conformismo ed eccesso di scostamento, possiamo forse sintetizzare: sono le ipotesi più gravi nell'ambito di quelle che in dottrina sono state definite *colpa per adesione* e *colpa per divergenza*³².

I problemi di (in)determinatezza, sollevati in relazione al confine della colpa grave, sono problemi seri, come i problemi relativi alla colpa *tout court*. Certo, una cosa è distinguere ciò che può o non può definirsi colpa, altra cosa è distinguere fra graduazioni della colpa: il graduare può apparire più sfuggente. Ma il criterio della gravità della colpa è più garantista, rispetto al rischio di scivolamenti verso una responsabilità oggettiva occulta. È l'insieme dei problemi relativi alla colpa che chiede di essere ripensato *funditus*, anche sotto il profilo della legalità/determinatezza.

6

PROGNOSI SUGLI EFFETTI E PROBLEMI DI POLITICA DEL DIRITTO

Sugli effetti della nuova norma sono state formulate prognosi negative. Pensata dal legislatore in un'ottica di prevenzione di pratiche di medicina difensiva, sarebbe a rischio di produrre il paradossale effetto di incrementare pratiche del genere, favorendo l'appiattimento delle prassi e scoraggiando la ricerca di scelte più personalizzate e possibilmente più adeguate³³. Nell'ordinanza del Tribunale (§. 3) si innesta addirittura una censura di violazione degli artt. 3 e 33 Cost., per prevedibili effetti frenanti sulla ricerca scientifica e sulla sperimentazione clinica: una critica prevedibilmente destinata ad infrangersi contro i limiti del sindacato di legittimità costituzionale sui presupposti fattuali delle scelte legislative³⁴.

La questione degli effetti della nuova disciplina (ad oggi: prognosi su effetti ipotizzati) resta aperta alle verifiche dell'esperienza. È una questione rilevante sul piano della politica del diritto: fin da subito può porsi il problema di che cosa ci attendiamo e possiamo ragionevolmente attenderci dalla nuova norma, e se vi siano esigenze di riforma.

Azzardo la congettura che la nuova norma potrà risultare di difficile concretizzazione, ed anche di difficile riconduzione a ragionevolezza, nella messa a punto dei criteri di restrizione della responsabilità penale. Nonostante i suoi difetti, merita d'essere

32. M. CAPUTO, op. cit., p. 898.

33. Relazione conclusiva della Commissione parlamentare di inchiesta sugli errori in campo sanitario, approvata dalla Commissione nella seduta del 22 gennaio 2013 (Atti della camera dei Deputati, doc. XX-bis, n. 10)

34. D. PULITANÒ, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1004 s.

difesa come apertura alla ricerca di soluzioni nuove di problemi seri, concernenti i limiti dell'imputazione per colpa ai fini penali. Da difendere, in particolare, contro l'attacco più radicale che si oppone al ritirarsi del penale rispetto ad altre forme di tutela, identificando *tout court* con il penale la tutela dei diritti della persona. L'idea del penale come *extrema ratio*, di difficile traduzione in criteri di legittimità costituzionale, sul piano della politica del diritto è un'idea regolativa fondamentale dell'approccio liberale.

Sulla via del ripensamento della responsabilità per colpa, la strana norma introdotta dal decreto sanità segna, prevedibilmente, un punto di non ritorno; ma anche una tappa provvisoria, un equilibrio instabile. In una prima fase sarà dovere degli interpreti utilizzare ogni risorsa ermeneutica a sostegno di applicazioni passabilmente ragionevoli: è quanto ha cominciato a fare la Corte di Cassazione, con un intervento sollecito ed apripista.

Il lavoro *sulla* nuova norma, e la verifica del suo funzionamento, saranno anche una base di partenza per la ricerca di soluzioni normative migliori: più chiaramente leggibili, e più solide sul piano assiologico. L'obiettivo sarebbe quello di costruire una maggiore determinatezza e minore estensione dell'ambito della colpa: nel solo settore sanitario, in ambito più ampio, in tutti i settori?

Lo spostamento del *limes* ultimo della colpa penale – dalla colpa lieve alla colpa grave – è una strada possibile. Se la si sceglie, sarà bene percorrerla in modo coerente.

Ma si potrebbero esplorare altre strade, percorribili con i mezzi del normale traffico ermeneutico: si tratta di riattraversare i tanti aspetti critici dell'istituto della colpa. Sia la determinatezza, sia l'estensione della responsabilità per colpa (lieve o grave) dipendono in prima battuta da come si individuano le regole cautelari pertinenti, il rapporto fra la colpa e l'evento (si inseriscono qui anche problemi relativi alla causalità, e segnatamente alla causalità omissiva), le componenti soggettive di un giudizio che dovrebbe essere di colpevolezza. Il cantiere è già aperto.

Legge Balduzzi tra problemi aperti e possibili soluzioni interpretative: alcune considerazioni

SOMMARIO

1. LA GENESI DELLA NUOVA NORMA: DIRITTO PENALE E MEDICINA, UNA DIFFICILE CONVIVENZA – 2. UN PRIMO PROBLEMA INTERPRETATIVO: LE LINEE GUIDA E LE BUONE PRATICHE ACCREDITATE DALLA COMUNITÀ SCIENTIFICA – 3. UN SECONDO PROBLEMA INTERPRETATIVO: LA MANCATA DEFINIZIONE DI COLPA LIEVE – 4. UN TERZO PROBLEMA INTERPRETATIVO: NON RISPONDERE PER COLPA LIEVE SIGNIFICA DAVVERO RISPONDERE SOLO PER COLPA GRAVE? – 5. ALCUNE CONSIDERAZIONI FINALI. – 6. UNA CHIOSA: LA DUBBIA COMPATIBILITÀ DELLA NORMA CON LA TUTELA DELLA VITA, GARANTITA EX ART. 2 CEDU.

1

LA GENESI DELLA NUOVA NORMA: DIRITTO PENALE E MEDICINA, UNA DIFFICILE CONVIVENZA

L'articolo 3 comma 1 della legge n. 189 del 2012, c.d. legge "Balduzzi", dal nome dell'allora Ministro della Salute, prevede che *"l'esercente le professioni sanitarie che nello svolgimento delle proprie attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve"*.

La norma ha il condivisibile scopo di soddisfare un'esigenza non più prorogabile: porre un argine alla c.d. medicina difensiva¹. Tale prassi, ormai ben conosciuta sia alla comunità medica che alla dottrina penalistica, si ripartisce in comportamenti, posti in essere al fine di evitare i contenziosi legali, di tipo negativo e di tipo positivo. Quanto alle condotte negative, esse si riscontrano nei casi in cui i sanitari rifiutano pazienti, atti chirurgici o pratiche mediche potenzialmente rischiosi da un punto di vista delle ricadute giudiziarie, con evidenti pregiudizi per soggetti che necessiterebbero di cure in tempi celeri. Le condotte positive riconducibili alla nozione di medicina difensiva, invece, si estrinsecano principalmente nella prescrizione di esami diagnostici non necessari, il che ha ricadute negative sia sui pazienti, i quali vengono sottoposti ad esami più o meno invasivi in realtà non utili, sia sul sistema sanitario nazionale, che si trova a pagare costi enormi².

Quanto a quest'ultimo punto è stato calcolato, nel 2007, che l'importo di soldi pubblici sprecato per esami non necessari richiesti per ragioni di medicina difensiva si aggirava intorno al 15% della spesa sanitaria annua, ossia, in quell'anno, 15 miliardi di euro³. Nell'anno successivo, ad un incontro specifico sul tema⁴, l'allora Ministro della Salute Fazio stimò che il costo di tali pratiche in Italia fosse oscillante tra i 12 ed i 20 miliardi di euro annui⁵.

1. Tale obiettivo emerge dai lavori preparatori della nuova legge, consultabili all'indirizzo http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Re_saula&leg=16&id=00682538&part=doc_dc-ressten_rs-ddlitt_rddddd13534tds:1-intervento_carlinoidv&parse=no.

2. Sul punto la letteratura è estremamente vasta. Si veda per tutti, da ultimo, A. ROJATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, 2012, p. 4 e ss.

3. Il dato è riportato da A. PANTI, *La responsabilità nelle attività mediche*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche d'impresa*, a cura di R. Bartoli, Firenze, 2010, p. 167.

4. Tale incontro, dal titolo "Medici in difesa - prima ricerca del fenomeno in Italia: numeri e conseguenze", si svolse a Roma in data 24 settembre 2008 e aveva la funzione di rendere pubblici i risultati di uno studio sul tema in questione.

5. Per una sottolineatura dei gravi problemi derivanti dalla prassi in questione, v. di recente R. BARTOLI, *I costi economico - penalistici della medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, p. 1107 e ss.

La ragione che ha causato questa prassi risiede anzitutto nell'enorme mole del contenzioso giudiziario a carico dei medici e nel conseguente fondato timore degli stessi di finire coinvolti in processi penali. Il motivo principale per il quale tale categoria risulta particolarmente esposta al pericolo di venire chiamata a rispondere penalmente delle proprie azioni, è il rischio intrinseco nell'attività medica⁶, cui si affianca un coacervo di problemi che non di rado porta il sanitario ad essere un vero e proprio capro espiatorio⁷, chiamato a rispondere anche di disfunzioni che nascono in altre sedi e per questo iperresponsabilizzato dalla società che nutre in lui aspettative quasi miracolistiche⁸. Tali processi penali – il cui avvio già di per sé comporta a carico dei sanitari evidenti problemi personali e costi economici per approntare la difesa – si concludono spesso con esiti di condanna per innumerevoli ragioni che la dottrina ha, tra l'altro, individuato: nella 'disinvoltura' con la quale viene attribuita al sanitario la posizione di garanzia rispetto a tutti gli eventi lesivi astrattamente connessi alla prestazione professionale o alla mancata esecuzione della medesima⁹; nella valutazione, in sede di accertamento della colpa, della prevedibilità dell'evento non in concreto ma in astratto¹⁰ secondo il modello dell'*hindsight bias*¹¹; nel trasferimento in capo al medico operante della responsabilità per disfunzionalità proprie in realtà della struttura in cui opera¹²; nella presunzione, infine, della sussistenza del nesso tra colpa ed evento sulla base della sola violazione di una norma cautelare¹³.

Tali effetti profondamente negativi, che per ragioni di spazio si sono qui solo sommariamente riassunti, hanno quindi posto l'*interrogativo se ed in che misura*, nella materia di cui si tratta, fosse il caso di prendere, per lo meno in parte, "congedo dal diritto penale"¹⁴, ossia di non lasciare integralmente alle pene e allo stesso processo penale, considerato il loro elevato carico di afflittività, il compito di sanzionare i sanitari per danni cagionati con colpa ai propri pazienti nell'esercizio della loro attività.

6. Sul punto cfr. diffusamente A. ROIATI, *Medicina difensiva*, cit., p. 2 e ss.

7. Non è questa la sede per trattare compiutamente di un problema così vasto. Si rinvia pertanto alle numerose pubblicazioni sul tema, ad es. L. EUSEBI, *Medicina difensiva e diritto penale "criminogeno"*, in *Rivista italiana di Medicina legale*, 2011, p. 1085 e ss.; G. Forti - M. Catino - F. D'Alessandro - C. Mazzucato - G. Varraso (a cura di), *Il problema della medicina difensiva – Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legata al rischio clinico*, Pisa, 2010; A. ROIATI, *Medicina difensiva*, cit., p. 16 e ss.; G. ROTOLO, *Medicina difensiva e giurisprudenza in campo penale: un rapporto controverso*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, p. 1259 e ss. In generale, sulla tendenza della moderna società del rischio a tramutarsi in una "società del capro espiatorio", cfr. U. BECK, *World Risk Society*, Cambridge, 1999; traduzione italiana a cura di F. Pagano Trieste, 2001, p. 62 e ss.

8. In tali termini si veda L. RISICATO, *Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico – chirurgica: un problema irrisolto*, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, p. 191.

9. Sul punto si veda ad es. L. FORNARI, *La posizione di garanzia del medico*, in A. Belvedere - S. Riondato (a cura di), *La responsabilità in medicina*, p. 839 e ss. in S. Rodotà - P. Zatti (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011; A. ROIATI, *Medicina difensiva*, cit., p. 270 e ss.

10. Così A. ROIATI, *Medicina difensiva*, cit., p. 159 e ss.

11. Con tale espressione, in pratica quello che noi intendiamo per "il senno di poi", si intende l'incapacità di fare un salto nel passato e di non considerare lo sviluppo delle dinamiche materiali, una volta che se ne conosca il compimento. Con il senno di poi, la gente regolarmente esagera quello che si sarebbe potuto prevedere creando un vero e proprio pregiudizio per il quale una volta che un evento si verifichi esso risulta essere inevitabile. Sul punto si veda diffusamente G. ROTOLO, *Medicina difensiva*, cit., p. 1263 – 1264, nonché F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici – Il problema del congedo dal diritto penale*, Milano, 2004, p. 35 e ss.

12. In particolare su questo tema P. PISA – G. LONGO, *La responsabilità penale per carenze strutturali e organizzative*, in R. Bartoli (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche di impresa*, Firenze, 2010, p. 9 e ss.

13. Svolge questa considerazione con la citazione di pronunce giurisprudenziali sul punto ancora A. ROIATI, *Medicina difensiva*, cit., p. 170 e ss.

14. L'espressione è mutuata dal titolo dell'opera di F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici – Il problema del congedo dal diritto penale*, cit.

La risposta all'interrogativo sopra posto è stata pressoché unanimemente positiva¹⁵ e la disposizione contenuta all'articolo 3 comma 1 della legge n. 189 del 2012 è quindi nata circondata dall'aspettativa di fornire la soluzione, se non a tutte, quantomeno ad una parte delle cause della medicina difensiva¹⁶. Per comprendere tuttavia se tale ambizioso obiettivo sia stato raggiunto dal legislatore con questo provvedimento, occorre anzitutto interrogarsi sulla corretta esegesi della novella.

Al di là delle considerazioni sulla legittimità di una norma "*ad professionem*"¹⁷, per una cui compiuta analisi, data la complessità del tema, si rinvia ad altra sede, tre sono i punti su cui, ad avviso di chi scrive, occorre soffermarsi a riflettere.

Il primo problema interpretativo concerne l'interpretazione della formula "*linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica*". Secondo alcuni dei primi commenti, tale perifrasi sarebbe, in sostanza, un'endiadi, sicché con essa la legge intenderebbe in realtà fare riferimento alle sole linee guida¹⁸. A nostro sommesso avviso non si tratta di un'opinione condivisibile¹⁹. Sia la comunità scientifica di riferimento che la dottrina penalistica sembrano invero operare una distinzione tra i due concetti.

Le "*linee guida*" sono infatti le raccomandazioni di comportamento clinico elaborate, mediante un processo di revisione sistematica della letteratura e delle opinioni scientifiche, al fine di aiutare medici e pazienti a decidere le modalità assistenziali più appropriate in specifiche situazioni cliniche²⁰. Differenti invece paiono essere le "*buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica*". Tale perifrasi sembra infatti poter identificare quelle che, in dottrina, si sono qualificate come regole prasseologiche di esperienza generalmente riconosciute e condivise²¹. Chiarire questo passaggio, come

15. Oltre agli autori menzionati nelle note precedenti, sottolineano la necessità di rimodellare le categorie penalistiche per adattare ai rischi del settore sanitario al fine di non paralizzare la sua importante funzione R. BLAIOTTA, *La responsabilità medica: nuove prospettive per la colpa*, in M. Donini - R. Orlandi (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bononia University Press, Bologna, 2013, p. 313 e ss.; F. PALAZZO, *Responsabilità medica, disagio professionale e riforme penali*, in *Diritto penale e processo*, 2009, p. 1061. Anche una parte della giurisprudenza, in tempi recenti e prima della novella normativa, sembra aver avvertito i problemi summenzionati, cui ha cercato di dare risposta 'rispolverando' l'utilizzo, in ambito penale, dell'art. 2236 c.c., che limita alla sola colpa grave la responsabilità (contrattuale) del prestatore d'opera nei casi in cui la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà. La giurisprudenza, che in passato applicava tale norma anche in ambito penale soprattutto in casi di responsabilità medica proprio per evitare un'eccessiva criminalizzazione delle condotte dei sanitari, a partire dagli anni '80 l'aveva ritenuta non più estensibile al settore penale, salvo poi un ritorno sui propri passi proprio negli ultimissimi anni: v. Cass. pen., sez. IV, sent. 39592 del 2007, Buggè; Cass. pen., sez. IV, sent. 16328 del 2011, Montalto; Cass. pen., sez. IV, sent. 4391 del 2012, Di Lella.

16. Che tale sia la *ratio* della norma emerge anche dai lavori parlamentari, consultabili in [http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Resa ula&leg=16&id=00682538&part=doc_dccressten_rs-ddlitt_rddddd13534tds:1-intervento_carlinoidv&parse=no](http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Resa%20ula&leg=16&id=00682538&part=doc_dccressten_rs-ddlitt_rddddd13534tds:1-intervento_carlinoidv&parse=no). Si veda ad. es. pag. 58 del documento pdf scaricabile all'indirizzo indicato.

17. Tale formula è rinvenibile nell'ordinanza con cui di recente il dott. Bruno Giordano, del Tribunale del Milano, ha rimesso gli atti di un processo in tema di colpa medica alla Corte costituzionale, sollevando molteplici profili di collisione della norma in questione con alcuni principi costituzionali di cui si darà parzialmente conto, in nota, nel prosieguo della trattazione. Il provvedimento, in cui si parla tra l'altro di "*ingiustizia ed ingiustificabilità della depenalizzazione della colpa lieve per gli operatori sanitari*" in ragione della mancata tutela della persona offesa, è consultabile in *Dir. pen. cont.*, 29 marzo 2013, con nota di M. SCOLETTA, *Rispetto delle linee guida e non punibilità della colpa lieve dell'operatore sanitario: la "norma penale di favore" al giudizio della Corte costituzionale*. In senso critico nei confronti della norma "di favore" per la classe medica si veda F. G. CAPITANI, *Esimente della colpa lieve: i primi dubbi di costituzionalità per il salvacondotto concesso al sanitario. Ovvero quando i colpevoli si disegnano la norma esimente*, in *Dir. e Gius. online*, 2 aprile 2013.

18. Pare essere di questo avviso P. PIRAS, *In culpa sine culpa - commento all'art. 3 I co. l. 8 novembre 2012 n. 189*, in *Dir. pen. cont.*, 26 novembre 2012. Nello stesso senso L. RISICATO, *Le linee guida e i nuovi confini*, cit., p. 202 e ss.

19. Ritiene che l'espressione non costituisca un'endiadi anche A. ROIATI, *Linee guida, buone pratiche e colpa grave: vera riforma o mero placebo?*, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, p. 224. Tale A., tuttavia, identifica le "*buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica*" con i protocolli, ossia con "*schemi rigidi e predefiniti di comportamento diagnostico-terapeutico che descrivono le procedure alle quali l'operatore sanitario deve strettamente attenersi in una situazione specifica*".

20. Tale definizione fu coniata da M. J. FIELD-K. N. LOHR, *Guidelines for clinical practice: from development to use*, Washington, Institute of Medicine, National Academy Press, 1992, p. 35 e l'utilizzo della stessa ripreso, tra gli altri, da P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, tomo II, *I delitti colposi*, diretto da G. MARINUCCI ed E. DOLCINI, Padova, 2003, pp. 175 ss. Per un'interessante ricostruzione sulla natura e ruolo delle linee guida, anche con specifico riferimento all'esperienza americana, si veda di recente G. ROTOLO, *Guidelines e leges artis in ambito medico*, nota a Cass. pen., sez. IV, sent. n. 35922 del 2012, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 277 e ss.

21. Cfr. F. GIUNTA, *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, p. 165 e ss. Similmente D. MICHELETTI, *La colpa del medico. Prima lettura di una ricerca sul campo*, *Ibidem*, p. 171 e ss.

si vedrà²², assume un'importanza cruciale nella spiegazione degli effetti che la nuova norma può avere.

Mentre infatti pare certo che le linee guida siano veri e propri testi, i quali cristallizzano il sapere scientifico su un certo tema in un dato momento storico, sulla cui generale attendibilità si avrà modo di tornare più avanti²³, le “buone pratiche”, secondo parte della dottrina, parrebbero essere un qualcosa di molto meno determinato che con le linee guida convivono e che continuano ad esistere anche successivamente alla creazione di queste ultime, conservando la loro autonomia e importanza²⁴. Tali regole prasseologiche coesisterebbero con le linee guida, spesso a lungo, fino ad una loro completa sostituzione²⁵, poiché le linee guida, con il loro complesso procedimento di creazione, cristallizzerebbero metodi e principi che abbisognano di tempi, talora anche lunghi, per affermarsi e diffondersi nella prassi.

In particolare si è sottolineato che le linee guida “normativizzerebbero” i parametri attuati dalle regole prasseologiche. Linee guida e regole prasseologiche sembrano mantenere quindi la loro reciproca autonomia e diversità di ruoli in quanto mentre le prime tenderebbero a fornire agli operatori parametri certi, le seconde conferirebbero a consulenti e periti una più ampia libertà di ricostruzione delle regole cautelari²⁶. Va, peraltro, subito aggiunto che se le regole prasseologiche potrebbero di per sé risultare indeterminate, l'articolo 3 in commento ha provveduto a correggerle di due requisiti utili a restringerne l'efficacia. Non tutte le regole prasseologiche sono infatti valevoli ad esimere da responsabilità per colpa lieve, ma solamente quelle che sono (i) “buone” e (ii) “accreditate presso la comunità scientifica”²⁷.

D'altro canto, non si comprende perché se effettivamente, come ha ritenuto la gran parte della dottrina cui si è fatto in precedenza riferimento, l'*intentio legis* era quella di limitare la responsabilità penale solamente per il medico che si attenga alle linee guida, il legislatore abbia inserito il riferimento alle buone pratiche dell'attività medica. Sembra che il riferimento a questo ulteriore e differente parametro, cui il medico deve uniformarsi per beneficiare dell'esclusione di condotte tenute con colpa non grave, possa avere la funzione di evitare il sorgere di alcuni possibili effetti pregiudizievoli della novella legislativa, legati ad un'eccessiva standardizzazione del comportamento del medico. Tale standardizzazione dell'attività medica sarebbe peraltro contraria al principio di libertà terapeutica che rappresenta un valore che non può essere compresso ad alcun livello, a pena di gravi rischi per la salute di tutti²⁸.

22. Cfr. *infra* par. 5.

23. Cfr. ancora *infra* par. 5.

24. In tal senso cfr. A. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Torino, 2012, p. 62 e ss.

25. Cfr. ancora A. DI LANDRO, *Dalle linee guida*, cit., p. 69. In particolare l'A. rileva che l'adesione alle prassi mediche diffuse, rispetto alle linee guida, sia un parametro maggiormente conservativo, favorevole alla categoria di professionisti di volta in volta rappresentati, e pertanto non scritto e meno determinato. Va osservato tuttavia come in dottrina vi è chi ha ritenuto che le “buone pratiche dell'attività medica” sarebbero in buona sostanza i protocolli: oltre, come già segnalato alla nota n. 19, ad A. ROIATI, *Linee guida, buone pratiche*, cit., p. 234 e ss., nel medesimo senso C. VALBONESI, *Linee guida e protocolli per una nuova tipicità dell'illecito colposo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, p. 250 e ss. Le prime pronunce giurisprudenziali sul tema paiono andare nel senso di non operare alcuna distinzione tra linee guida e buone pratiche: si veda ad es. Cass. pen., sez. IV, sent. n. 11493 del 2013, Pagano, p. 10, nonché l'ordinanza di rimessione degli atti alla Corte costituzionale del dott. Giordano di cui alla nota 17 (si veda, in particolare, il paragrafo 9).

26. Cfr. di nuovo A. DI LANDRO, *Dalle linee guida*, cit., p. 71 e ss.

27. Tali requisiti risultano a prima vista soffrire anch'essi di una certa indeterminatezza che dovrà essere risolta in via interpretativa. Non può tuttavia omettersi di considerare che, come si vedrà più compiutamente *infra* al par. 5, è l'essenza stessa dell'attività medica a sembrare refrattaria, per le sue peculiarità, alla sottoposizione a parametri troppo rigidi.

28. Si è espressa in questi termini Cass. pen., sent. n. 2865 del 2001, Bizzarri.

Un ulteriore punto che merita riflessione concerne poi il fatto che la norma, prevedendo l'esclusione della responsabilità penale per colpa lieve, ad una prima lettura parrebbe esprimere una litote che sta ad indicare la previsione di responsabilità per colpa grave²⁹.

Che questa interpretazione possa rispondere all'intenzione del legislatore pare in effetti risultare dai lavori parlamentari³⁰, in cui emerge che l'intendimento sia stato appunto quello di far sì che i sanitari rispondano solamente per colpa grave. Tuttavia, non può non evidenziarsi come tale formulazione di una norma così delicata quanto ai suoi effetti lasci perplessi.

La disposizione in questione non è, infatti, l'unico caso previsto nel nostro ordinamento in cui la responsabilità penale viene limitata alla sola colpa grave. Le altre ipotesi attualmente previste sono:

- l'art. 64 del codice di procedura civile, in cui si prevede esplicitamente la responsabilità penale del consulente tecnico all'interno del processo civile unicamente "*per colpa grave*";
- l'art. 217 comma 1, n. 4) l. fall., che prevede la responsabilità dell'imprenditore che abbia aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento, o "*con altra grave colpa*";
- l'art. 217 comma 1, n. 3) l. fall., che statuisce la medesima responsabilità dell'imprenditore nel caso in cui questi abbia compiuto operazioni di "*grave imprudenza*" al fine di ritardare il fallimento;
- ancora, l'art. 217 comma 1, n. 2) l. fall., che prevede la responsabilità dell'imprenditore qualora questi abbia consumato una notevole parte del suo patrimonio in operazioni "*manifestamente imprudenti*".

In nessuna di queste disposizioni si rinviene, tuttavia, una definizione di "colpa grave", e la novella legislativa non compie alcun passo in avanti in tale direzione (nemmeno definendo il concetto, ivi espressamente menzionato, di "colpa lieve"). Il legislatore, intervenendo quindi in un settore delicatissimo come quello in questione, pare aver perso una buona occasione per fornire finalmente una definizione del concetto di colpa grave, fondamentale per comprendere quando si debba punire e quando no³¹.

Una siffatta lacuna definitoria rischia di avere gravi ricadute da un punto di vista pratico se – guardando ad analoghe vicende di altri ordinamenti – si considera che in Germania, nell'ambito dei delitti qualificati dall'evento, l'introduzione del criterio della colpa grave da parte del legislatore senza la definizione dello stesso si è tradotta in una vera e propria delega in bianco alla giurisprudenza ed alla dottrina con conseguente incapacità da parte degli operatori del diritto di dare a questa nozione contorni univoci e sicuri nei casi in cui essa doveva essere applicata³².

Del resto, la necessità di una definizione di tale concetto era emersa, prima della novella legislativa del 2012, tanto in dottrina, con specifico riferimento alle proposte di

29. Cfr. ancora P. PIRAS, *op. cit.*, p. 1. Nello stesso senso anche A. ROIATI, *Linee guida, buone pratiche*, cit., p. 217 e ss.; L. RISICATO, *Le linee guida e i nuovi confini*, cit., p. 201.

30. Per uno sguardo alla discussione del provvedimento alla Camera dei deputati si veda <http://www.camera.it/410?idSeduta=0706&tipo=stenografico>; per consultare la discussione del provvedimento al Senato cfr. http://leg16.senato.it/leg/16/BGT/Schede_v3/Ddliter/aula/38969_aula.htm.

31. Il problema è stato uno dei punti oggetto dell'ordinanza di rimessione degli atti alla Corte costituzionale del dott. Giordano citata alla nota n. 18. Si veda in particolare il paragrafo n. 2 dell'ordinanza in cui si ritiene che la mancanza di definizione in questione violi l'art. 25 Cost.

32. In tema cfr. F. BASILE, *La colpa in attività illecita. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano, 2005, p. 794 e più diffusamente p. 607 e ss.

riforma della colpa in attività sanitaria, quanto a livello legislativo, in sede di lavori per la riforma del codice penale.

E difatti, con riferimento alla dottrina, una delle proposte di riforma³³ aveva auspicato l'inserimento di un articolo del codice penale, rubricato *“Morte o lesioni come conseguenza di condotta colposa in ambito sanitario”* che prevedesse che *“l'esercente una professione sanitaria che, in presenza di esigenze terapeutiche, avendo eseguito o ommesso un trattamento, cagioni la morte o una lesione personale a un paziente è punibile ai sensi degli artt. 589 e 590 solo in caso di colpa grave”* specificando che la colpa si considerasse grave *“quando l'azione o l'omissione dell'esercente una professione sanitaria, grandemente inosservante di regole dell'arte”* avesse creato *“un rischio irragionevole per la salute del paziente, concretizzatosi nell'evento”*.

Con riferimento ai progetti di riforma dell'intero codice penale, invece, il progetto Pisapia, all'art. 13, lett. e) aveva dato una puntuale definizione di colpa grave affermandone la sussistenza nei casi in cui, *“tenendo conto della concreta situazione anche psicologica dell'agente, è particolarmente rilevante l'inosservanza delle regole ovvero la pericolosità della condotta, sempre che tali circostanze oggettive siano manifestamente riconoscibili”*³⁴.

Il nostro sistema penale, orfano di una tale disposizione definitoria e da poco arricchito di una nuova norma che prevede la responsabilità penale solamente per colpa grave in un settore, come si è visto, estremamente delicato, rischia quindi di creare agli interpreti i medesimi problemi che si sono verificati in Germania, potendo così la norma risultare lesiva del principio di precisione³⁵, corollario del principio di legalità stabilito dall'art. 25 Cost, che è garanzia per la libertà e la sicurezza del cittadino, il quale solo di fronte a leggi precise e chiare può comprendere ciò che gli è consentito e ciò che invece gli viene vietato³⁶. Non solo, il rispetto di tale principio nella formulazione normativa è altresì fondamentale al fine di evitare che il cittadino possa invocare a propria scusa l'erronea interpretazione della legge penale quando questa sia stata determinata dalla totale oscurità del testo legislativo³⁷.

Da ultimo, la mancanza di una definizione della nozione in questione che fissi dei paletti certi comporta la possibilità che il concetto possa essere dilatato dalla giurisprudenza sino a ricomprendere ipotesi che in realtà appartenerebbero alla colpa lieve, con erosione di quest'ultima ai fini di un ampliamento delle condotte penalmente rilevanti.

4

**UN TERZO PROBLEMA
INTERPRETATIVO: NON
RISPONDERE PER COLPA LIEVE
SIGNIFICA DAVVERO RISPONDERE
SOLO PER COLPA GRAVE?**

Come visto nel paragrafo precedente, che l'intendimento del legislatore con la novella in commento sia stato quello di prevedere una responsabilità solamente per colpa grave pare essere confermato dai lavori preparatori.

Va tuttavia osservato che, mentre nelle altre (poche) ipotesi di colpa grave previste dal nostro ordinamento, tale requisito è espressamente richiesto e non introdotto mediante

33. Cfr. G. Forti - M. Catino - F. D'Alessandro - C. Mazzucato - G. Varraso (a cura di), *Il problema*, cit.

34. Lo Schema di disegno di legge recante delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione di un nuovo codice penale è reperibile sul sito del Ministero della Giustizia all'indirizzo http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?previousPage=mg_2_7_6_1&contentId=SPS47483. Per una valutazione sulla proposta di riforma in punto di elemento soggettivo cfr. P. VENEZIANI, *Esame e valutazione dello schema di disegno di legge delega della commissione Pisapia, La colpa*, Relazione tenuta al Seminario dei professori di diritto penale, Siracusa, giugno 2007, in www.isisc.org.

35. Sul principio di precisione v. per tutti G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, IV ed., Milano, 2012, p. 57 e ss. La norma in commento viene ritenuta imprecisa anche dall'ordinanza di rimessione degli atti alla Corte costituzionale, citata alla nota n. 17.

36. In questi termini Corte cost., sent. n. 364 del 1988.

37. Ancora Corte cost., sent. n. 364 del 1988.

una “litote”, nella presente ipotesi espressamente prevista è solo la non-responsabilità per colpa lieve. Ebbene, tale previsione potrebbe essere teoricamente foriera di problemi applicativi in quanto presuppone un’ottica dicotomica della colpa – lieve o grave – senza prevedere un livello mediano, una colpa che potrebbe essere definita “ordinaria”.

Nelle interpretazioni finora fornite dalla dottrina, la colpa che viene definita lieve sarebbe in realtà la colpa ordinaria, cui si contrappone la colpa grave. Quest’ultima, volendo accedere ad una definizione suggerita da attenta dottrina³⁸, sussisterebbe nei casi in cui l’evento lesivo o mortale³⁹ fosse prevedibile, nel caso concreto, in grado elevato dal punto di vista dell’agente modello poiché “quanto più l’evento prodotto risulta prevedibile, tanto più elevata risulta essere la divergenza tra la condotta dell’agente concreto e quella dell’agente modello e, conseguentemente, tanto più intensa la violazione della regola di cautela”⁴⁰. La “colpa grave” sarebbe quindi un *quid pluris* rispetto allo *standard* colposo, alla colpa ordinaria. Sarebbe cioè una violazione maggiormente intensa dell’obbligo di cautela, cui si accompagna una maggiore prevedibilità dell’evento lesivo. E la colpa lieve? Nella ricostruzione dominante⁴¹ essa sembrerebbe coincidere con la colpa ordinaria, sul presupposto di una duplicità dei gradi della colpa: lieve – grave. Non può, tuttavia, essere *a priori* esclusa un’ulteriore interpretazione che, sulla base del fatto che la colpa grave è come osservato un *quid pluris* di negligenza, imprudenza ed imperizia rispetto alla condotta tenuta dall’agente modello, potrebbe considerare la colpa lieve un *quid minoris*, ossia una violazione meno intensa dell’obbligo cautelare con annessa prevedibilità in grado minimo dell’evento lesivo. In tal senso, quindi, la ripartizione della colpa in ordine alla gravità della condotta tenuta dall’agente sarebbe in realtà un trinomio: colpa lieve – colpa ordinaria – colpa grave.

Una tale ricostruzione pare leggersi tra le righe di una recentissima sentenza della Corte di Cassazione (n. 10615 del 2013) che sembra operare un distinguo tra colpa non lieve e colpa grave. I giudici di legittimità, infatti, dopo aver ritenuto di applicare nel caso di specie l’art. 2236 c.c.⁴² che prescrive che il prestatore d’opera non risponda se non nel caso di dolo o colpa grave qualora la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà⁴³, hanno statuito che “in caso di ambiguità della sintomatologia è giusto che la responsabilità professionale del medico vada valutata secondo i parametri della colpa grave o, quantomeno, non lieve”, ponendo un interrogativo di fondo: *tertium datur?*

Se la risposta alla domanda fosse affermativa, come si potrebbe astrattamente ricavare leggendo le ermetiche righe della pronuncia della Cassazione, l’individuazione di un terzo grado di colpa potrebbe avere effetti dirompenti sulla norma in commento, riducendone significativamente gli spazi applicativi.

Anzitutto, lo “scudo” offerto dalla norma verrebbe infatti limitato ai casi in cui il sanitario versi in colpa lieve, quindi alle ipotesi in cui il soggetto non solo non versi in colpa grave, ma neanche in colpa ordinaria. Il sanitario, pertanto, sarebbe escluso da

38. Cfr. F. BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 650 e ss.

39. I reati commessi dai sanitari, e di cui gli stessi vengono chiamati a rispondere in sede penale, risultano essere infatti principalmente reati colposi d’evento, in particolare lesioni ed omicidio.

40. Cfr. ancora F. BASILE, op. cit., p. 653.

41. Si veda per tutti L. RISICATO, *Le linee guida e i nuovi confini*, cit., p. 201.

42. Per una rapida ricostruzione dell’utilizzo di tale disposizione nella materia di cui trattasi si rinvia alla nota n. 15.

43. L’estensione dell’applicabilità di tale norma al diritto penale, come si è anticipato alla nota n. 15 del presente contributo, è da sempre controversa ed oggetto di dibattito in dottrina ed in giurisprudenza. Quanto a quest’ultima, per la tesi che nega l’applicabilità dell’art. 2236 c.c. in ambito penale, cfr. Cass. pen., sent. 7 febbraio 2002, in *Giust. Pen.*, p. 333; Cass. pen., sent. 1 ottobre 1999, in *Dir. pen. e proc.*, 2001, p. 469; Cass. pen., sent. 29 settembre 1997, in *Cass. Pen.*, 2000, p. 42; Cass. pen., sent. 22 febbraio 1991, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2756. Per la tesi che ne ammette l’applicabilità si veda invece Cass. pen., sent. 20 ottobre 1998, in *Cass. pen.*, 1999, p. 3449 e ss.; Cass. pen., sent. 24 novembre 1994, in *Cass. pen.*, 1996, p. 359 e ss.

responsabilità penale solamente qualora l'evento fosse stato prevedibile e/o evitabile in minimo grado.

In secondo luogo, ulteriori effetti si avrebbero con riguardo all'*abolitio criminis*⁴⁴ conseguente alla novella normativa, che interverrebbe solamente per i casi in cui il soggetto abbia agito con una condotta che si discosti in minima parte da quella che avrebbe dovuto tenere l'agente modello, ma non per i casi in cui il soggetto abbia versato in colpa grave o in colpa ordinaria.

5

ALCUNE CONSIDERAZIONI FINALI

Dopo aver illustrato le problematiche interpretative che sono a nostro avviso di maggior rilievo, procediamo ora ad alcune considerazioni sugli effetti scaturenti dalle differenti possibilità interpretative che si sono velocemente tratteggiate. Quanto al primo punto, vale a dire la supposta limitazione della responsabilità penale connessa al rispetto delle sole linee guida da parte del sanitario, e non anche delle regole prasseologiche (v. *supra*, paragrafo 2), si possono svolgere alcune osservazioni.

Tra i primissimi commenti alla norma è emersa la considerazione che essa sarebbe, in buona sostanza, inutile⁴⁵. Ciò sulla base di due presupposti. Il primo, che la disposizione sia fondata sul solo rispetto delle linee guida. Il secondo, sul fatto che il medico che rispetti la linea guida non risulterebbe essere mai in colpa e la norma sarebbe quindi applicabile ai soli casi in cui le circostanze del caso concreto dovrebbero imporre al sanitario di discostarsi dalle linee guida. Entrambi i presupposti di partenza, però, non paiono poter essere condivisi.

Quanto al primo, già si è detto che “linee guida” e “buone pratiche accreditate” non sono concetti sovrapponibili. Un'interpretazione della norma che faccia propria la distinzione tra i due concetti appare quella preferibile in quanto ritenere che riceva il beneficio il solo medico che rispetti le linee guida significa condizionare pesantemente l'operato del medesimo ad una fonte – le linee guida appunto – che parte della dottrina ha efficacemente equiparato alla figura letteraria del dottor Jekyll e Mister Hyde⁴⁶. Infatti, dietro il nome di “linee guida” si celano testi assai eterogenei⁴⁷, creati per motivi diversi ed in cui la salute del paziente può non essere il motivo centrale e preminente della loro stesura. E' il caso, ad esempio, di quelle linee guida pensate per il risparmio economico delle strutture sanitarie, che mirano al contenimento dei costi⁴⁸. Prevedere che il sanitario sia beneficiario dell'esclusione della responsabilità penale solamente qualora segua le linee guida significa porlo nella paradossale situazione di scegliere se (i) seguire una linea guida, magari improntata al contenimento dei costi, preservando se stesso, ovvero (ii) discostarsene nell'interesse della salute del paziente ma rischiare di subire un'imputazione, a titolo di colpa, per lesioni od omicidio.

Così interpretata la disposizione sarebbe quindi foriera di condotte potenzialmente

44. In generale, sul tema dell'*abolitio criminis* si veda G. L. GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme integratrici: teoria e prassi*, Milano, Giuffrè, 2008; con specifico riferimento agli effetti della norma in commento cfr. ancora G. L. GATTA, *Colpa medica e art. 3, co. 1, d.l. n. 158/2012: affermata dalla Cassazione l'abolitio criminis (parziale) per i reati commessi con colpa lieve*, in *Dir. pen. cont.*, 4 febbraio 2013.

45. In tal senso P. PIRAS, *In culpa*, cit., p. 3 e ss.

46. Cfr. M. CAPUTO, “Filo d'Arianna” o “flauto magico”? *Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *Dir. pen. cont.*, 16 luglio 2012, p. 6.

47. Come acutamente osservato da M. CAPUTO, “Filo d'Arianna”, cit., p. 5, “Da strumento di riduzione dell'incertezza, le linee guida, moltiplicandosi, hanno finito paradossalmente per confermare lo smarrimento del personale sanitario. L'utente dell'informazione medica è così costretto a confrontarsi con documenti apparentemente affini per tecnica di costruzione e finalità che, però, riportano raccomandazioni pratiche anche molto dissimili”.

48. Sul punto, tra i tanti, si veda ampiamente A. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli*, cit., p. 68. Con specifico riferimento ad alcuni casi in cui le linee guida hanno avuto il vero obiettivo di contenere i costi ed evitare il contenzioso legale al posto della salute del paziente cfr. P. VENEZIANI, *I delitti*, cit. p. 176.

dannose per i pazienti, incoraggiando comportamenti di medicina difensiva⁴⁹, la cui eliminazione era proprio l'obiettivo che si era proposto il legislatore all'atto della emanazione della norma. Non solo, dietro le linee guida possono nascondersi anche ulteriori interessi negativi ed ancora confliggenti con le esigenze di cura del sanitario, che derivano dai conflitti di interesse che si celano nei rapporti tra redattori – o editori⁵⁰ – delle linee guida, ricercatori che costituiscono i *panel* per la loro stesura nonché industrie che finanziano le ricerche⁵¹.

Al fine di evitare tale problema, l'interprete potrebbe utilizzare il criterio dell' "accreditamento presso la comunità scientifica", parametro che la norma sembra richiedere tanto per le "buone pratiche" quanto per le linee guida, ritenendo non accreditate e quindi non valide ad escludere la responsabilità per colpa lieve, le linee guida che siano improntate a scopi differenti dalla migliore tutela per la salute del paziente⁵². Ma anche qualora si scegliesse di procedere in tale direzione, sorgerebbero comunque i problemi anzidetti in quanto il porre il sanitario di fronte alla scelta illustrata in precedenza contrasterebbe comunque anzitutto con il principio di libertà di cura⁵³. A ciò si aggiunge la considerazione che le linee guida, in ragione dei tempi occorrenti per la loro approvazione, corrono sempre il rischio di poter essere meno aggiornate rispetto alle scoperte scientifiche più recenti⁵⁴, potendo avere quindi la norma addirittura il paradossale effetto di paralizzare l'adozione, da parte dei medici, delle cure più recenti in quanto non ancora cristallizzate in tali testi⁵⁵.

La previsione, accanto alla linea guida, del rispetto delle buone pratiche accreditate presso la comunità scientifica consente quindi, a parere di chi scrive, di ampliare la portata della norma, slegando l'azione del sanitario dal pericoloso riferimento alle sole linee guida ed evitando il rischio di una incostituzionalità della disposizione⁵⁶. Si pensi, per rendersene ulteriormente conto, a questo esempio: un medico, particolarmente zelante ed attento al proprio aggiornamento professionale, apprende ad un convegno internazionale cui partecipano i più illustri studiosi di un dato tema, una metodologia maggiormente efficace per gestire una determinata patologia, la cui descrizione è già stata pubblicata sulle più importanti riviste di settore, ma non ancora recepita dalle linee guida. Sarebbe ammissibile porre il sanitario di fronte alla scelta se seguire le linee guida ignorando quanto appreso, al fine di beneficiare, se del caso, dello scudo offerto dalla nuova normativa, oppure utilizzare il nuovo metodo, più efficace per la cura del paziente, con il rischio, tuttavia, di essere chiamato a rispondere anche per colpa lieve?

La risposta non può che essere negativa, risultando una norma che ponga il sanitario di fronte a tale dilemma incostituzionale per violazione del diritto alla salute garantito

49. Nel senso che il sanitario, per beneficiare della non punibilità per colpa lieve, non fa ciò che ritiene il meglio per il paziente, ma ciò che la linea guida gli impone.

50. Alcune linee guida sono infatti pubblicate da veri e propri editori, all'interno di specifiche pubblicazioni dedicate ad uno specifico tema. Si pensi, ad esempio, alle linee guida ACCP dell'American College of Chest Physicians.

51. Il problema è segnalato, tra gli altri, da M. CAPUTO, "Filo d'Arianna", cit., p. 4 e ss.

52. Che questa sia l'interpretazione corretta pare emergere dalla recente sentenza della Cassazione, sez. IV, n. 11493 del 2013, Pagano, in *Dir. pen. cont.*, 29 marzo 2013. Difformemente, nel senso che anche le linee guida improntate al contenimento dei costi dovrebbero essere utili a limitare la responsabilità del sanitario unicamente ai casi in cui questi versi in colpa non lieve, C. VALBONESI, *Linee guida e protocolli*, cit. p. 274 e ss.

53. In ambito medico in particolare vi è chi ha osservato l'assoluta non predeterminabilità della regola cautelare atteso che, come osservato da A. ROATI, *Medicina difensiva*, cit., p. 140, "per sua natura, la medicina cura singoli organismi, l'unicità delle cui risposte sfugge a qualsiasi astrazione categoriale e le cui situazioni di rischio variano in relazione ad innumerevoli fattori, riproducendosi raramente in maniera costante ed indistinta".

54. Con il che si tornerebbe, per il medico, alla scelta diabolica di cui si è detto in precedenza.

55. In maniera non del tutto dissimile osserva che la norma allo stato possa limitare il progresso scientifico anche il dott. Giordano, al par. 3 dell'ordinanza di rimessione degli atti alla Corte costituzionale di cui alla nota n. 17.

56. In particolare per violazione dell'art. 32 Cost. su cui si veda *infra*.

dall'art. 32 Cost.⁵⁷ poiché, come sottolineato anche dalla Corte di Cassazione⁵⁸, l'adesione totale del sanitario alle linee guida potrebbe risultare lesiva della salute dei pazienti e, conseguentemente, il beneficio promesso dalla norma, ossia l'innalzamento del grado di negligenza, imprudenza o imperizia penalmente rilevante, connesso alla sola adesione a tali parametri, sarebbe foriero di rischi per le persone sottoposte alle cure.

Ecco che allora il riferimento alle buone pratiche, cui peraltro è richiesto l'ulteriore requisito dell'accreditamento presso la comunità scientifica, pare poter essere utile per offrire un'interpretazione conforme a Costituzione della norma⁵⁹. Se così fosse, il sanitario potrebbe quindi non essere responsabile per colpa lieve anche qualora seguisse un comportamento giudicato quale "buona pratica" presso la comunità scientifica, per quanto non ancora cristallizzato per le più varie ragioni all'interno di una specifica linea guida⁶⁰.

La buona pratica accreditata presso la comunità scientifica, interpretabile quale una pratica medica dotata di consenso ed approvata in pubblicazioni scientifiche di rilievo⁶¹, potrebbe quindi servire quale utile argine ad un utilizzo "burocratico" delle linee guida. Sul tema delle linee guida in rapporto alla responsabilità colposa del sanitario, peraltro, pare utile osservare che nessuna delle proposte formulate in precedenza dalla dottrina aveva ipotizzato di subordinare il limite della responsabilità per colpa grave solo all'attuazione di comportamenti conformi alle linee guida⁶².

L'avallo di tale tesi non sembrerebbe d'altronde comportare allo stato l'applicabilità della responsabilità per colpa non lieve anche ai casi di negligenza od imprudenza in quanto le buone pratiche intese nel senso sopra proposto, al pari delle linee guida, sembrerebbero contenere a prima vista solo regole di perizia le quali limiterebbero, ad avviso di alcuni autori nonché della primissima giurisprudenza della Corte di Cassazione sul tema⁶³, l'applicabilità dello scudo offerto dalla norma ai casi in cui il sanitario sia stato imperito⁶⁴.

La norma, come emerge dalle brevi osservazioni precedentemente esposte, pare aprirsi a molteplici interpretazioni che possono mutarne il contenuto, l'utilità, nonché la stessa compatibilità con il quadro costituzionale. Chi scrive ritiene che un'interpretazione che veda nelle buone pratiche accreditate presso la comunità scientifica non il secondo corno di un'endiadi ma la possibilità di far beneficiare il sanitario dello scudo offerto dalla disposizione, qualora si uniformi a condotte scientificamente accreditate,

57. Anche l'ordinanza di rimessione degli atti alla Corte costituzionale del dott. Giordano di cui alla nota 17, al paragrafo 7, segnala la possibilità che la norma in commento contrasti con la citata disposizione costituzionale, tuttavia sotto un differente profilo, ossia quello della tutela giudiziaria offerta dalla persona offesa dal reato commesso a titolo di colpa lieve. La novella normativa creerebbe ad avviso del giudice remittente un vuoto di tutela che penalizzerebbe la vittima del reato ledendo, tra l'altro, il suo diritto alla salute. Sul tema della mancata tutela della persona offesa, con specifico riferimento agli obblighi derivanti dalle disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, si veda *infra*, par. 6.

58. Cfr. di recente Cass. pen., sent. 35922 del 2012.

59. In generale, segnala la possibilità che un'interpretazione conforme ai vincoli costituzionali possa risolvere numerosi problemi di compatibilità della norma coi vincoli costituzionali M. SCOLETTA, *Rispetto delle linee guida*, cit. Sembra distinguere nettamente il concetto di buona pratica da quello di linea guida, pur definendo soltanto quest'ultima, anche la Corte di Cassazione nella recente sentenza 16237 del 2013, Cantore, pubblicata in *Dir. pen. cont.*, 11 aprile 2013.

60. In particolare sul ruolo del tempo nel procedimento di formazione delle linee guida cfr. ancora A. DI LANDRO, *Dalle linee guida ai protocolli*, cit., p. 62 e ss. Ulteriormente, con particolare riguardo all'obsolescenza delle linee guida, cfr. L. RAMPONI, in D. CASTRONUOVO – L. RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, in A. Belvedere - S. Riondato (a cura di), *La responsabilità in medicina*, p. 975 e ss. in S. Rodotà - P. Zatti (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011.

61. A tal fine va ricordato che, in ambito medico, le pubblicazioni scientifiche subiscono valutazioni qualitative assai rigorose.

62. Si consideri a questo proposito che il progetto sicuramente più corposo uscito sul tema, G. Forti - M. Catino - F. D'Alessandro - C. Mazzucato - G. Varraso (a cura di), *Il problema*, cit., non fa alcun riferimento alle linee guida.

63. Così Cass. pen., sez. IV, sent. n. 11493 del 2013, Pagano, p. 10 in *Dir. pen. cont.*, 29 marzo 2013.

64. Tale tesi è stata proposta da P. PIRAS, *In culpa*, cit., p. 3. Accoglie questa tesi anche L. RISICATO, *Le linee guida e i nuovi confini*, cit., p. 203.

possa per le ragioni anzidette evitare alla norma il rischio di cadere nell'illegittimità costituzionale. A tal proposito, come rilevato in dottrina⁶⁵, va infatti osservato che in materia penale la lettera della legge è il solo limite esterno imposto all'opera dell'interprete il quale deve ricorrere, tra le molteplici ipotesi che la *littera legis* gli consente, a quella particolare interpretazione sistematica denominata interpretazione conforme alla Costituzione⁶⁶.

Il secondo problema interpretativo segnalato all'interno del presente contributo, relativo alla mancata definizione di colpa lieve⁶⁷, parrebbe, almeno in via teorica, di più difficile soluzione. Come si è osservato in precedenza, infatti⁶⁸, l'assenza di tale definizione potrebbe dar luogo ad un contrasto con il dettato costituzionale non risolvibile, almeno all'apparenza, per via interpretativa.

Va tuttavia osservato come di contrario avviso sia stata la Corte di Cassazione in una recentissima pronuncia⁶⁹ in cui, pur dando atto della novità ed oscurità del tema in questione, introdotto dalla legge in commento, nonché della estrema difficoltà di definire il concetto, stante anche l'assenza di parametri utili a questo fine, ha sottolineato la necessità che il giudice adotti un approccio di tipo eclettico, ponendo attenzione alle peculiarità del caso concreto e optando per un'interpretazione che propenda per considerare, in caso di insuccesso del trattamento, maggiormente lieve la colpa del sanitario quanto più problematica, oscura ed equivoca sia l'individuazione della corretta condotta da tenere per risolvere la patologia di cui è affetto il paziente, ovvero quanto più intensa sia l'urgenza della situazione concreta⁷⁰.

Si avrà modo di vedere se la Corte costituzionale, avanti alla quale è stata recentemente sollevata questione di legittimità della norma in commento rispetto ad alcune disposizioni della nostra Carta fondamentale⁷¹, avallerà questa tesi con riferimento alla mancata definizione della colpa grave⁷². Quel che sembra emergere dalle parole della Suprema Corte, a sommosso parere di chi scrive, è, tuttavia, il riconoscimento di una enorme discrezionalità che l'attuale testo legislativo riconoscerebbe all'interprete nel valutare ciò che “*segna l'essere e il non essere del reato*”⁷³, che parrebbe a prima vista mal conciliarsi con il rispetto dei principi indicati nel paragrafo 3 del presente contributo⁷⁴. La Suprema Corte, invece, pur di non disperdere quanto di buono c'è nella novella del 2012, ha sostenuto che, “*piuttosto che attardarsi nelle censure, conviene tentare, costruttivamente, di cogliere e valorizzare il senso delle innovazioni*”⁷⁵. Non è detto che una tale impostazione, volta a “salvare” una norma che lo stesso giudice di legittimità ha riconosciuto presentare numerosi profili critici, sarà avallata dal giudice delle leggi.

Quanto all'ultimo problema sollevato nel presente contributo, concernente l'equiparazione tra colpa grave e colpa non lieve, non sembra essere questa la sede per

65. Il riferimento è a G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 75 e ss.

66. Su tale tipologia di interpretazione si veda per tutti, a cura di M. D'Amico - B. Randazzo, *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Torino, 2009.

67. Sul punto cfr. ampiamente il par.2.

68. Cfr. *supra*, par. 3.

69. Cass. pen., sez. IV, sent. n. 16237 del 2013, Cantore, p. 18 in *Dir. pen. cont.*, 11 aprile 2013.

70. Cfr. p. 22 della sentenza citata.

71. Nel presente contributo si è dato conto in nota dei singoli profili di incostituzionalità della norma sollevati dal giudice remittente. Cfr. ad es. la nota n. 17.

72. Si rinvia a pag. 5, in cui si tratta espressamente di tale profilo di illegittimità costituzionale sollevato dall'ordinanza.

73. Cfr. p. 20 della sentenza citata.

74. Nella stessa sentenza, tra l'altro, la Suprema Corte riconosce che la novella contiene “*una disciplina in più punti laconica, incompleta; che non risponde appieno alle istanze maturate nel lungo dibattito dottrinale e della vivace, tormentata giurisprudenza in tema di responsabilità medica*”.

75. Cfr. p. 5 della sentenza.

6

UNA CHIOSA: LA DUBBIA
COMPATIBILITÀ DELLA NORMA
CON LA TUTELA DELLA VITA,
GARANTITA EX ART. 2 CEDU

considerazioni più approfondite che necessiterebbero per forza di cose di spazi maggiori di quelli che qui ci si è proposti di rispettare. Si registra solamente che, al di là della suggestione derivante da tale possibile interpretazione⁷⁶, l'integrità della dottrina⁷⁷ e la giurisprudenza⁷⁸ paiono allo stato equiparare le due definizioni.

In queste brevi note si è quindi visto come, probabilmente, lo strumento dell'interpretazione conforme a Costituzione potrebbe costituire, per la maggioranza dei problemi interpretativi che la novella legislativa presenta, la soluzione utile ad evitare la declaratoria di incostituzionalità della norma. Va tuttavia osservato un ulteriore possibile profilo di contrasto con la nostra Carta fondamentale, che a prima vista potrebbe risultare difficilmente superabile con lo strumento interpretativo. Nelle ipotesi in cui l'attività del sanitario posta in essere con colpa lieve abbia causato un decesso, infatti, la norma potrebbe risultare contrastante con l'articolo 117 Cost. con riferimento all'articolo 2 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁷⁹.

Difatti, in tema di responsabilità colposa per la morte di un individuo, la Corte europea è intervenuta a più riprese⁸⁰, statuendo, nell'ambito degli obblighi procedurali posti a carico degli Stati membri, la necessità che si imponga un processo penale, e quindi l'insufficienza del solo procedimento civile, tutte le volte in cui si ravvisi la necessità, per la persona che ha subito un pregiudizio derivante dal reato, di svolgere accertamenti tecnici in chiave probatoria particolarmente complessi. Ciò in quanto il processo penale consente di far compiere tali riscontri, particolarmente gravosi da sostenere per il privato, all'autorità statuale, in tal modo offrendo quindi piena tutela alla persona offesa. In quest'ambito, ipotesi paradigmatiche sono proprio i processi per colpa medica⁸¹ in cui le difficoltà tecniche dell'accertamento sono spesso consistenti⁸².

L'effetto connesso alla nuova norma introdotta dalla c.d. Legge Balduzzi è tuttavia quello di non procedere penalmente, ma solo civilisticamente, nei processi in cui la colpa del sanitario, secondo quella che è l'interpretazione comune, non sia grave, lasciando impregiudicata la responsabilità sul piano civilistico. La norma prevede infatti che nei casi in cui la colpa dell'agente venga considerata lieve “*resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile*”⁸³. Ma sotto questo ultimo profilo, la circostanza che la colpa del sanitario per il decesso di un individuo non sia grave non assicura di per sé la semplicità dell'accertamento tecnico, potendo questo ben essere complesso. Anzi, paradossalmente, pare di poter affermare che proprio nei casi di colpa grave, in cui ci si trova di fronte ad una condotta grossolanamente distante da quella che avrebbe dovuto

76. Cfr. il par. 4 del presente contributo.

77. Si veda da ultimo D. PULITANO, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, in *Dir. pen. cont.*, 5 maggio 2013.

78. A tal proposito si veda ancora anche la summenzionata recentissima sentenza sez. IV, sent. n. 16237 del 2013, Cantore, che accoglie senza alcun dubbio la concezione dicotomica della colpa: lieve – grave.

79. Sugli effetti del diritto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sull'ordinamento interno si veda ampiamente F. VIGANÒ, *Il diritto penale sostanziale*, in F. Viganò - O. Mazza (a cura di), *Europa e giustizia penale – Diritto penale e processo (Gli Speciali)*, 2011, p. 28 e ss.

80. Sul punto cfr. A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008 – 2010: il diritto alla vita*, in questa *Rivista*, n. 1/2011, p. 216 e ss.

81. La stessa Corte europea si è pronunciata sul tema in questione. Cfr. ad es. i precedenti *Calvelli e Ciglio c. Italia* (n. 32867/96) del 17 gennaio 2002 e, più di recente, *Eugenia Lazar c. Romania* del 16 febbraio 2010 (n. 32146/05).

82. I giudici di Strasburgo hanno infatti evidenziato nella summenzionata sentenza *Eugenia Lazar c. Romania* la “*importance particulière a l'obligation procédurale contenue implicitement dans l'article 2 de la Convention qui, dans les circonstances de l'espèce, s'étend à la nécessité, pour l'Etat, d'instaurer un système judiciaire efficace et indépendant permettant d'établir la cause du décès d'un individu qui se trouvait sous la responsabilité de professionnels de la santé – qu'ils relèvent du secteur public ou du secteur privé – et, le cas échéant, de les obliger à répondre de leur actes*”. Non solo, l'obbligo per gli Stati membri contenuto all'art. 2 della Convenzione “*impose précisément aux autorités nationales de prendre des mesures pour assurer l'obtention des preuves propres à fournir un compte-rendu complet et précis des faits et une analyse des constatations cliniques, notamment de la cause du décès. Toute déficience de l'enquête affaiblissant sa capacité à établir la cause du décès ou les responsabilités risque de faire conclure qu'elle ne répond pas à cette norme*”.

83. Tratta del problema di tale previsione anche il dott. Giordano al par. 1 dell'ordinanza di remissione degli atti alla Corte costituzionale di cui alla nota 17.

tenere l'agente modello, l'accertamento tecnico circa l'eventuale illiceità della condotta sia in realtà più semplice. Il rapporto tra colpa e accertamento della stessa sul piano probatorio sembrerebbe quindi essere di proporzionalità inversa: maggiore è il grado di colpa, minore sarà, con le dovute eccezioni, la difficoltà di accertamento dell'illiceità della condotta.

Ecco quindi che la norma, in questi termini e limitatamente alle ipotesi di decesso, potrebbe porsi in contrasto con l'art. 2 CEDU (per il tramite dell'art. 117 Cost.), con l'ulteriore conseguenza che, qualora tale incostituzionalità non sia dichiarata, la permanenza della stessa potrebbe generare condanne da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo allorché i congiunti della vittima, vedendosi negata la tutela, decidano di ricorrervi.

A tal fine, per rispettare i principi espressi dalla giurisprudenza dei giudici di Strasburgo, visto che il processo penale in questi casi non è richiesto in quanto tale ma poiché esso consente di fare compiere i riscontri probatori a spese dello Stato tramite l'attività del Pubblico Ministero, unica soluzione per mantenere la norma così come attualmente formulata ed evitare di incorrere in condanne per le ragioni anzidette, parrebbe essere quella, probabilmente allo stato abbastanza irrealistica⁸⁴, di introdurre nei casi di processo civile conseguente a decesso per colpa lieve una nuova norma che preveda l'accertamento tecnico sul fatto a spese dello Stato.

Nell'ambito del processo civile le spese del consulente risultano infatti attualmente pagate, ai sensi degli artt. 91 e 92 del codice di procedura civile, dalle parti, con conseguente potenziale violazione dell'art. 2 CEDU nei termini sopra descritti.

84. Uno dei problemi principali sembra consistere nella circostanza che una tale previsione necessiterebbe di adeguata copertura economica.

Il ruolo del sapere scientifico e l'individuazione della colpa lieve nel cono d'ombra della prescrizione

*Nota a Cass., Sez. IV pen., 29 gennaio 2013 (dep. 9 aprile 2013),
n. 16237, Pres. Brusco, Est. Blaiotta, Imp. Cantore*

SOMMARIO

1. IL CASO CONCRETO E L'ABOLIZIONE PARZIALE DELLE FATTISPECIE COLPOSE COMMESSE DAGLI ESERCENTI LA PROFESSIONE SANITARIA – 2. IL PROGRESSIVO PERCORSO DI INTERAZIONE DIALOGICA TRA DOTTRINA E GIURISPRUDENZA – 3. SCIENZA GIURIDICA E SCIENZA MEDICA A CONFRONTO: PORTATA E LIMITI DELLE LINEE GUIDA – 4. LA TASSATIVITÀ DEL PRECETTO COLPOSO: UNA CHIMERA RIMESSA ALLE BUONE PRATICHE? – 5. UN ESEMPIO PARADIGMATICO: LE BUONE PRATICHE E LA CD. DERELIZIONE DI OGGETTI – 6. LA DISTINZIONE TRA COLPA LIEVE E COLPA GRAVE: UN POSSIBILE PUNTO DI (RI)PARTENZA PER L'ACCOGLIMENTO DI VALUTAZIONI PERSONALISTICHE E SITUAZIONALI – 7. LA COMPLESSITÀ DEL GIUDIZIO DI FRONTE ALL'OBLIO DEL TEMPO.

1

IL CASO CONCRETO E L'ABOLIZIONE PARZIALE DELLE FATTISPECIE COLPOSE COMMESSE DAGLI ESERCENTI LA PROFESSIONE SANITARIA

La sentenza in commento trae origine da un intervento di ernia discale recidivante effettuato in una clinica privata, nel corso del quale venivano lese la vena e l'arteria iliaca; nonostante il successivo ricovero presso un nosocomio attrezzato e la tempestiva operazione in laparotomia, la paziente decedeva a seguito della grave emorragia insorta.

In primo grado la responsabilità del medico veniva individuata in relazione alla condotta commissiva riguardante l'erronea esecuzione dell'intervento, in quanto lo stesso era stato posto in essere in violazione della regola precauzionale che impone di non agire in profondità superiore a 3 centimetri e di non procedere ad una pulizia radicale del disco erniario, per evitare la lesione dei vasi interessati. Veniva invece esclusa la responsabilità per profili di colpa omissiva, che sarebbero consistiti nella mancata predisposizione di una *équipe* chirurgica e di attrezzatura idonea ad evitare il verificarsi di complicanze come quella di specie. La Corte d'appello confermava la sentenza di condanna in riferimento al profilo di colpa commissiva e riteneva il sanitario in colpa anche per non aver preventivato la complicanza e per non aver organizzato l'intervento in una clinica attrezzata.

La Suprema Corte, limitando la sua indagine ai profili commissivi in virtù dell'immutabilità della contestazione e dell'effetto devolutivo dell'impugnazione¹, ha annullato con rinvio la sentenza di secondo grado ritenendo che, per effetto dell'art. 3, comma 1, legge 8 novembre 2012, n. 189, si è determinata una *parziale abolizione* delle fattispecie colpose commesse dagli esercenti la professione sanitaria, essendo stata esclusa la rilevanza della colpa lieve nell'ipotesi in cui il sanitario si sia attenuto alle linee guida ed alle buone pratiche². Il caso di specie, a parere della Cassazione, rientra nella nuova

1. In primo grado l'affermazione di responsabilità era stata circoscritta alla condotta commissiva e non vi era stata sul punto alcuna impugnazione da parte del pubblico ministero e delle parti private.

2. Nello specifico la Cassazione ritiene trattarsi di un tipico caso di *abolitio criminis* parziale, in quanto "si è in presenza di una norma incriminatrice speciale che sopraggiunge e che restringe l'area applicativa della norma anteriormente vigente". A sostegno di ciò si richiama la disciplina dell'art. 2, comma 2, c.p., in linea con la giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte. In merito a tali profili cfr. G.L. GATTA, *Colpa medica* e art. 3, co. 1 d.l. n. 158/2012: *affermata dalla Cassazione l'abolitio criminis (parziale) per i reati commessi con colpa lieve*, in *Dir. pen. cont.*, 4 febbraio 2013, ed i riferimenti giurisprudenziali e bibliografici ivi contenuti.

previsione normativa, poiché il giudizio colposo si è incentrato proprio sul tema delle linee guida e delle prassi terapeutiche in ordine all'esecuzione dell'intervento in questione, per cui "il giudice di merito dovrà stabilire se il fatto si collochi nella sottofattispecie abrogata o in quella ancora vigente. L'indagine di muoverà con le scadenze imposte dalla riforma".

Al di là delle rilevanti questioni di diritto intertemporale sottese alla vicenda, che esulano dalla ristretta portata del presente lavoro, preme sottolineare il particolare significato che assume la parte centrale delle motivazioni della sentenza in esame, poiché in essa è possibile rinvenire un'approfondita indagine sulla colpa professionale medica, attraverso cui la stessa Cassazione giunge a considerare l'ambito applicativo della nuova disposizione. In numerosi passaggi argomentativi inoltre, non è difficile scorgere gli effetti del prolifico interscambio sviluppatosi nel tempo tra dottrina e giurisprudenza, tanto che la pronuncia in esame finisce per costituire l'immagine di un ideale ponte tra due modi di interpretare il diritto apparentemente contrapposti. Constatata l'esistenza di significative "discrasie"³, è stato opportunamente intrapreso un dialogo che si è snodato in molteplici direzioni, trovando forse la più compiuta espressione proprio in riferimento alle questioni della colpa e della modernità, con particolare riguardo alle sue declinazioni in ambito medico e lavorativo⁴.

Nondimeno occorre sottolineare che dietro l'enunciazione di rassicuranti affermazioni di principio residuano ancora notevoli margini di discrezionalità interpretativa, per lo più derivanti dalla scarsa determinatezza della nuova disposizione e dalla ben nota struttura aperta della fattispecie colposa, e dietro cui continuerà ad oscillare l'insopprimibile dialettica tra istanze punitive ed istanze garantistiche, con le relative, inevitabili, implicazioni valoriali.

2

IL PROGRESSIVO PERCORSO DI INTERAZIONE DIALOGICA TRA DOTTRINA E GIURISPRUDENZA

E' ormai noto che la giurisprudenza, dopo aver recepito l'indirizzo interpretativo volto ad individuare l'essenza della colpa sul piano normativo, è presto giunta a far coincidere quest'ultima con l'inosservanza di una qualsiasi norma cautelare (non di rado finalistica anziché modale), operazione ermeneutica facilitata dall'ampia componente valutativa che contraddistingue l'individuazione del dovere oggettivo di diligenza⁵ e chiaramente funzionale al soddisfacimento di istanze generalpreventive e risarcitorie⁶.

A fronte del particolare rigore di tali assunti interpretativi, un primo esempio di interazione virtuosa in tema di colpa medica può rinvenirsi nei successivi approfondimenti, dapprima dottrinali e poi giurisprudenziali, svolti in merito alla necessità di verificare l'esistenza di uno specifico nesso di derivazione tra l'inosservanza di un modello comportamentale oggettivamente imposto e l'esito avverso in concreto verificatosi, al fine di discernere le ipotesi in cui l'evento è effettivamente conseguente alla condotta colposa, rispetto a quelle in cui non sarebbe stato altrimenti evitabile⁷. Nella prassi si è andata infatti progressivamente affermando la necessità di accertare un congruo *nesso*

3. Cfr. A. STILE, *Conclusioni*, in A. Stile (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991, 287 ss., secondo cui "posta dinanzi alla realtà e concretezza del caso specifico, la giurisprudenza tende a volte ad assumersi il compito della difesa dei cittadini e dello Stato (anziché quello di mediazione dei conflitti secondo la legge), in una prospettiva che vede il diritto penale come strumento di difesa sociale. In questa ottica viene posta più attenzione alle (ritenute) conseguenze della decisione che al rigoroso rispetto dei principi costituzionali".

4. Si considerino, ad esempio, nel solo 2009, i convegni tenutisi a Bologna, 20-21 marzo, dal titolo "*Sicurezza e diritto penale*"; Roma, 20 aprile, dal titolo "*Responsabilità penale individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*"; Firenze, 7-8 maggio 2009, dal titolo "*Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e di impresa - un dialogo con la giurisprudenza*".

5. Sul punto, per tutti, F. GIUNTA, *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, 149 ss. Particolarmente interessante inoltre la chiave di lettura in senso criminologico offerta da D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, 84.

6. Sui nessi tra concezioni normative e prevenzione generale, limitandoci ai contributi più recenti, cfr. A. VALLINI, *Paternalismo medico, rigorismi penali, medicina difensiva: una sintesi problematica e un azzardo de iure condendo*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 3 ss.; M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in M. Donini-R. Orlandi (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bologna, 2013, 231 ss.

7. Nello specifico della responsabilità medica cfr. R. BARTOLI, *Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica*, in R. Bartoli (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa*, Firenze, 2010, 82.

di rischio tra l'evento verificatosi e la regola cautelare trasgredita⁸, recependo taluni punti fermi raggiunti da pressoché unanime dottrina, a partire dalla necessità che l'evento costituisca la concretizzazione del rischio specifico che la regola cautelare violata tende a prevenire⁹, per arrivare all'esclusione della responsabilità per colpa nel caso in cui, pur rientrando l'evento nel raggio della funzione cautelare della norma comportamentale trasgredita, si accerti che il rispetto della regola avrebbe fallito il suo scopo, a causa delle caratteristiche peculiari del caso concreto¹⁰.

Solo in un secondo momento invece la dottrina ha riportato alla luce le istanze sottese al piano della cd. "misura soggettiva della colpa" o della individualizzazione del giudizio¹¹, evidenziando che, una volta accertata la causazione di un evento che si aveva il dovere di evitare, è necessario altresì spostare il fuoco dell'indagine sul potere di prevedere e di evitare quello specifico fatto da parte del singolo agente, in considerazione del proprio livello individuale di forze, esperienze e conoscenze¹². Si tratta di una posizione che si ripropone di coniugare l'indagine generalizzante sul tipo, per lo più volta al soddisfacimento dei bisogni di tutela, con l'indagine individualizzante sulla colpevolezza del singolo, favorendo per tale via anche il ripristino del carattere di sussidiarietà e di *extrema ratio* della sanzione penale¹³.

Questo "mutamento di sensibilità" ha trovato solo di recente le prime aperture da parte di una giurisprudenza a lungo incline a ritenere che, una volta dimostrata l'oggettiva inosservanza di una regola comportamentale, il soggetto, in quanto *normale destinatario delle cautele*, andasse automaticamente considerato in colpa, per non essersi adeguato all'obbligo di diligenza o, non riuscendoci, per non essersi astenuto dall'agire¹⁴.

In questa direzione la sentenza in commento sembra costituire un altro punto di congiunzione con le istanze emerse in dottrina, in quanto da un lato ribadisce le acquisizioni dogmatiche finora derivate dal virtuoso interscambio con la dottrina¹⁵, dall'altro fornisce un'autorevole interpretazione della nuova norma in cui si intravedono taluni segnali di questa "rinnovata sensibilità", attraverso significative aperture al fronte della valutazioni situazionali e personalistiche, anche se per lo più collocate nel ristretto ambito dei parametri di giudizio atti a discernere le ipotesi di colpa lieve da quelle di colpa grave.

8. In particolare a partire da Cass., Sez. IV, 18 marzo 2004, Fatuzzo, in *Cass. pen.*, 2005, 1533 ss., con nota di L. GIZZI, *Il criterio della concretizzazione del rischio tra causalità della condotta e causalità della colpa*; D. MICHELETTI, *La colpa del medico. Prima lettura di una recente ricerca "sul campo"*, in *Criminalia*, 2008, 173, sottolinea che le criticità non riguardano tanto la fase dell'imputazione dell'evento colposo, rispetto alla quale si registrano anzi significativi passi in avanti, quanto piuttosto la ricostruzione della tipicità colposa; O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003, 454 e 455, pone invece in rilievo che la concretizzazione del rischio, come momento *leader* dell'ascrizione della responsabilità penale, vive già nella nostra giurisprudenza, ma «la semplificazione insita negli schemi oggi di moda rischia di produrre un allargamento delle maglie della responsabilità, assolvendo il giudice dal suo dovere di verificare uno per uno tutti gli elementi del reato, e di spingerlo verso soluzioni *globalizzanti*».

9. Sull'evento lesivo quale concretizzazione del rischio che la regola cautelare era volta a prevenire la letteratura è ormai sterminata. Per limitarci alla manualistica cfr., senza alcuna pretesa di esaustività, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, Bologna, 2009, 516 ss.; C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale*, Torino, 2008, 246; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2011, 336 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2008, 210; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2011, 347; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2009, 367.

10. Cfr., per tutti, G. FORTI, *Colpa ed evento*, Milano, 1990, 659 ss.

11. Sulle relative distinzioni terminologiche e concettuali si rinvia a D. CASTRONUOVO, *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità*, cit., 183 ss., il quale sottolinea che il fatto tipico colposo – già connotato sotto il profilo soggettivo e psicologico – sarà poi oggetto del giudizio di colpevolezza alla luce dei fattori situazionali e dell'individualizzazione del giudizio riguardanti il *potere* di adeguamento del soggetto, e relativi alla situazione in cui lo stesso si è trovato in concreto ad agire e/o a un livello più o meno significativo di colposità: «in ogni caso, occorre riferirsi a fattori d'incapacità/inesigibilità *non standardizzabili*: altrimenti, rileverebbero già ai fini della definizione di una *figura differenziata di agente-modello*».

12. Nella nostra dottrina l'indagine è per lungo tempo rimasta ferma a V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, in *Studi urbinati*, 1977-78, 339 ss. Di recente invece cfr., pur se con accenti diversi, A. CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa*, Torino, 2011, 186 ss.; D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, 341 ss.; A.R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario*, Torino, 2012, 230 ss.; M. GROTTI, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, 2012, 293 ss.

13. Per tutti D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 15 ss.

14. Così M. DONINI, *Teoria del reato (voce)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1999, 289.

15. Si afferma in sentenza, ad esempio, che «parliamo tranquillamente di nesso di prevenzione, di nesso di rischio, di evitabilità in concreto dell'evento, di causalità della colpa. Queste sintetiche espressioni, con il loro carico di sofisticata teoria, valgono da sole a farci intendere quale importante e sovente intricata sia la connessione tra l'evento illecito e la violazione della prescrizione cautelare». Allo stesso modo, contrariamente a quanto a lungo sostenuto nella stessa giurisprudenza di legittimità, si sostiene che «l'esistenza di una posizione di garanzia non basta di certo, da sola, a fondare l'imputazione, dovendosi esprimere il giudizio di rimprovero personale che concretizza la colpevolezza, tenendo adeguatamente conto dei margini di incertezza connessi all'individuazione dell'area di rischio socialmente accettato».

Se la sentenza in esame per un verso può essere considerata quale ulteriore compimento del processo di vicendevole scambio instauratosi tra dottrina e giurisprudenza, per l'altro può rivelarsi quale punto d'inizio di un proficuo dialogo tra scienza giuridica e scienza medica.

Si tratta di un'apertura favorita, se non imposta, dalla nuova disposizione, il cui principale aspetto innovativo può rivenirsi proprio nell'espressa indicazione di criteri di valutazione medico-legale della condotta sanitaria che vincolano giudice e consulenti tecnici al costante confronto con i parametri di giudizio propri dell'agire medico.

La Cassazione al riguardo, pur rilevando l'incompletezza della nuova disciplina, "che non corrisponde appieno alle istanze maturate nell'ambito del lungo dibattito dottrinale e della vivace, tormentata giurisprudenza in tema di responsabilità medica", individua i due tratti fondamentali di nuova emersione nella distinzione tra colpa lieve e colpa grave e nella valorizzazione delle linee guida e delle virtuose pratiche terapeutiche, purché corroborate dal sapere scientifico.

Nel merito – in linea con un indirizzo interpretativo già ampiamente consolidato – si ritiene che le linee guida, pur costituendo un sapere scientifico e tecnologico codificato e perciò stesso utile al giudizio, scontano evidenti limiti applicativi, esemplificativamente indicati nella mancanza di cultura scientifica dei giudici, negli interessi che talvolta stanno dietro le opinioni degli esperti, nelle negoziazioni informali oppure occulte tra i membri di una comunità scientifica, nella provvisorietà e mutabilità delle opinioni scientifiche e così via. Accanto a questi limiti "intrinseci" delle linee guida¹⁶, occorre poi considerare il carattere relativo di ogni indicazione di genere, tanto che il rilievo probatorio delle linee guida "è indubbio ma non esaustivo e la loro applicazione non può essere meccanicistica"; per questa ragione la contraddizione insita nel configurare un'ipotesi di *culpa sine culpa*¹⁷ sarebbe solo apparente, in quanto l'osservanza delle linee guida, di per sé, non esclude la responsabilità del medico, che è sempre tenuto ad esercitare le proprie scelte considerando le circostanze peculiari che caratterizzano ciascun caso clinico.

Nonostante queste limitazioni applicative, la stessa Cassazione sembra cogliere la già evidenziata possibilità che, attraverso il ricorso al sapere codificato e predeterminato, possa in taluni casi ridursi il deficit di tassatività che inevitabilmente caratterizza la colpa ed in particolare la colpa medica¹⁸, là dove si afferma che le linee guida "non danno luogo a norme propriamente cautelari e non configurano, quindi, ipotesi di colpa specifica. Esse, tuttavia hanno a che fare con le forti istanze di determinatezza che permeano la sfera del diritto penale". Questo potenziale di accresciuta tassatività, a fronte del pericolo ben evidenziato nella stessa sentenza per il quale "il giudice prima definisce le prescrizioni o l'area di rischio consentito e poi ne riscontra la possibile violazione, con una innaturale sovrapposizione di ruoli", viene però interamente indirizzato nell'alveo del sapere scientifico, sottolineando che l'attività medica è fortemente orientata dalle acquisizioni teoriche e tecniche, che svolgono un importante ruolo nel conferire determinatezza ai doveri del professionista e che possono al contempo guidare le valutazioni del giudice, conferendo "oggettività e concretezza al precetto ed al giudizio di rimprovero personale"¹⁹. Vengono così enucleati una serie di parametri valutativi alla

16. Su pregi e limiti delle linee guida di recente M. CAPUTO, «Filo d'Arianna» o «flauto magico»? *Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 885 ss.; O. DI GIOVINE, *La responsabilità penale del medico: dalle regole ai casi*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 78 ss.; A.R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario*, cit., 6 ss.; P. PIRAS-A. CARBONI, *Linee guida e colpa specifica del medico*, in S. Canestrari-F. Giunta-R. Guerrini-T. Padovani (a cura di), *Medicina e diritto penale*, 2009, Pisa, 289. In giurisprudenza da ultimo, Cass., Sez. IV, 19 settembre 2012, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 191 ss. con nota L. RISICATO, *Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto*; in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 277 ss., con nota di G. ROTOLO, *Guidelines e leges artis in ambito medico*.

17. P. PIRAS, *In culpa sine culpa*, in *Dir. pen. cont.*, 26 novembre 2012.

18. Si consenta il rinvio a A. ROIATI, *Linee guida, buone pratiche e colpa grave: vera riforma o mero placebo?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 218 ss.

19. A tal fine la Cassazione – citando la felice espressione di Federico Stella – sostiene che «il giudice, consumatore e non produttore di leggi scientifiche e di prescrizioni cautelari, può articolare il giudizio colposo senza surrettizie valutazioni a posteriori, solo attraverso la scienza e la tecnologia, pur dovendosi dare atto della complessità intrinseca di un simile giudizio, che impone l'assunzione di un penetrante ruolo critico che rende il giudice custode del mondo

cui stregua vagliare il grado di affidabilità delle informazioni scientifiche utilizzate nel processo, dovendosi avere riguardo: alla qualificazione professionale ed all'indipendenza di giudizio dell'esperto; agli studi che sorreggono la tesi scientifica; all'ampiezza, alla rigosità, all'oggettività delle ricerche; al grado di consenso che l'elaborazione teorica raccoglie nella comunità scientifica. Simili valutazioni dovranno inevitabilmente essere veicolate nel processo attraverso gli elaborati peritali, sui quali si staglia con accresciuto vigore il ruolo di *peritus peritorum* del giudice, chiamato a dar conto in motivazione dell'apprezzamento compiuto.

Perplessità sul punto derivano però, non solo dalla connotazione altamente discrezionale di tali parametri e dalla loro provenienza tutta giurisprudenziale (a fronte della generica indicazione normativa riguardante l'esistenza di linee guida e buone pratiche "accreditate scientificamente"), ma soprattutto dal rischio che dietro tali assunti possa celarsi un ritorno al ben noto parametro della *migliore scienza ed esperienza di settore*²⁰, là dove l'opera di selezione scientifica viene interamente affidata alle mani del giudice, senza particolari considerazioni per la realtà operativa in cui il sanitario presta la propria attività professionale, spesso condizionata da carenze di formazione, di mezzi e di strutture²¹.

In taluni casi potrebbe determinarsi quindi una singolare *eterogenesi dei fini*, posto che, da un lato si giungerebbe ad un ulteriore innalzamento della pretesa normativa oggettivamente imposta, avendo come riferimento l'ideale indicazione proveniente dalle linee guida e dal sapere scientifico codificato, non necessariamente coincidente con la "migliore scienza ed esperienza cautelare"²², dall'altro aumenterebbero i margini di discrezionalità interpretativa, nonostante l'asserita maggiore tassatività che si vorrebbe conseguire attraverso l'adozione del metodo scientifico. Le *guidelines* descrivono infatti modelli di condotta ideali che, come tali, non necessariamente coincidono con le regole prasseologiche più diffuse e che, stante la loro sostanziale eterogeneità, possono essere più o meno consolidate, così come limitarsi ad individuare un livello minimo di diligenza richiesta o, al contrario, tendere al raggiungimento dello *standard* cautelare più elevato²³.

Si ritiene quindi che significativi passi in avanti in tema di determinatezza del pre-cetto colposo possano conseguirsi non tanto in riferimento alle linee guida, quanto piuttosto in relazione alle "buone pratiche", soprattutto se diffuse e ampiamente consolidate, mentre ad una restrizione dell'ambito di responsabilità si potrà giungere per lo più attraverso il portato selettivo offerto dalla distinzione tra colpa lieve e colpa grave, e

scientifico». Sul punto F. GIUNTA, *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità*, cit., 79 ss., riporta un isolato precedente giurisprudenziale in cui già si affermava che il giudice è fruitore e non facitore di regole cautelari, sottolineando la necessità di interpretare le regole cautelate come frutto di un processo di formazione collettivo, di cui si avvale il giudice al pari del cittadino, pena la violazione del principio di legalità e, ancor prima, della soggezione del giudice alla legge.

Di certo il mero utilizzo di tale espressione, di per sé, non garantisce il raggiungimento di una "tipicità forte", che passa sempre attraverso i criteri con cui in concreto si individua la regola cautelare.

20. Si tratta della ben nota tesi proposta da F. MANTOVANI, *Colpa*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, II, Torino, 1988, 205 ss., il quale sottolinea anche la necessità di integrare la qualificazione della condotta come incauta secondo la miglior scienza ed esperienza del momento storico con il requisito dell'*attribuibilità in concreto* dell'inosservanza all'agente; in termini simili T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 208. La dottrina maggioritaria preferisce invece ricorrere al parametro dell'agente modello, cfr., per tutti, G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, 194; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., 528 ss. Più di recente, F. Basile, *Fisionomia e ruolo dell'agente-modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica*, in *Dir. pen. cont.*, 13 marzo 2012. In riferimento allo specifico tema delle linee guida O. DI GIOVINE, *La responsabilità penale del medico*, cit., 78, individua il loro scopo precipuo proprio nel conformare il sapere medico alla migliore scienza ed esperienza codificata nelle linee guida.

21. O. DI GIOVINE, *op. cit.*, 81-82, così sintetizza efficacemente la questione: «le linee guida devono fissare la cautela sulla base di un'ipotetica potenzialità illimitata, alla stregua di un modello astratto scientificamente evoluto e tecnologicamente illimitato di agente oppure calibrare la doverosità del prevedere ed evitare sulla disponibilità materiale di risorse economiche, secondo un giudizio di concreta inverabilità? Questo il terreno accidentato su cui (anche) l'interprete si muove».

22. In questi termini F. GIUNTA, *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, cit., 90, il quale sottolinea al riguardo che «le cautele sono regole di condotta, che presuppongono scienza ed esperienza senza identificarsi con esse. Detto con parole diverse: la causalità è scienza e conoscenza; non è ancora regola di condotta, perché manca di per sé della dimensione applicativa e deontica».

23. A.R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individuazione della colpa penale nel settore sanitario*, cit., 63.

4 LA TASSATIVITÀ DEL PRECETTO COLPOSO: UNA CHIMERA RIMESSA ALLE BUONE PRATICHE?

limitatamente alla (fin troppo) residuale ipotesi di “osservanza colpevole”²⁴. Sullo sfondo resta però il mutamento di prospettiva impresso dalla norma²⁵, che impone un costante confronto dialettico tra sapere scientifico e fattispecie concreta, e la sottostante indicazione di valore per cui, in ipotesi di osservanza degli strumenti di codificazione del sapere medico scientificamente accreditati, l’affermazione di responsabilità andrà di norma esclusa anche laddove, nell’interpretazione del contenuto di linee guida e prassi, si registri la compresenza di valutazioni medico-scientifiche e di valutazioni volte ad una ragionevole ottimizzazione delle risorse²⁶. Di contro l’esplicita indicazione normativa di tali parametri inevitabilmente implica un duplice rischio, da un lato di presumere la colpa del medico che non abbia osservato linee guida o buone pratiche (con l’evidente pregiudizio del principio di liberà di cura), dall’altro che il sapere codificato funga paradossalmente da comodo strumento di diffusione di ulteriori prassi difensive²⁷.

Il legislatore della riforma conferisce il medesimo rilievo alle *guidelines* ed alle buone pratiche, ma la Cassazione – anche in considerazione del caso di specie – dedica solo un rapido cenno a queste ultime, limitandosi ad evidenziare la loro eterogeneità con le linee guida che, “a differenza dei protocolli e delle *checklist*, non indicano una analitica, automatica successione di adempimenti, ma propongono solo direttive generali, istruzioni di massima, orientamenti”. A ciò si aggiunge che le linee guida accreditate operano come direttive scientifiche per l’esercente le professioni sanitarie e “tale disciplina, naturalmente, trova il suo terreno d’elezione nell’ambito dell’*imperizia*”.

In considerazione delle esigenze di determinatezza del tipo colposo, ed in relazione alla corretta individuazione del campo di applicazione entro cui discernere tra colpa lieve e colpa grave, preme qui rimarcare ulteriormente le differenze sostanziali che intercorrono tra i due strumenti di codificazione del sapere medico. In particolare le “buone pratiche” o *standards* – cresciute all’ombra delle ben più celebrate linee guida – si esprimono per lo più in forma di protocolli, schemi rigidi e predefiniti di comportamento diagnostico-terapeutico che descrivono le procedure alle quali l’operatore sanitario deve strettamente attenersi in una situazione specifica²⁸. Da questa peculiarità strutturale discende la tendenziale tassatività della loro applicazione, posto che solo il corretto e sistematico adempimento della sequenza comportamentale indicata garantisce l’operatore dal rischio del verificarsi di esiti avversi. Occorre inoltre sottolineare che in relazione alle buone pratiche non di rado vengono in considerazione regole procedurali volte in primo luogo ad evitare che l’evento lesivo si verifichi a causa di *negligenza* o *impudenza*, basti pensare alla diffusione delle cd. *checklist*, per cui, almeno in riferimento ad esse, e contrariamente a quanto generalmente sostenuto, l’indagine imposta

24. Per un’analisi del ben più articolato progetto normativo elaborato dal Centro Studi Federico Stella, e per la definizione di colpa grave ivi contenuta, si consenta un rinvio ad A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Milano, 2012, 395 ss.

25. D. PULITANÒ, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, in *Dir. pen. cont.*, 5 maggio 2013, sottolinea che la nuova norma, nonostante i suoi difetti, merita d’essere difesa «in particolare contro l’attacco più radicale che si oppone al ritirarsi del diritto penale rispetto ad altre forme di tutela, identificando *tout court* con il diritto penale la tutela dei diritti della persona».

26. Cfr. D. MICHELETTI, *La colpa del medico*, cit., 205, il sottolinea che «un bilanciamento costi-benefici nel campo della sanità, là dove non sia perseguita da protocolli *standard*, finisce comunque per imporsi sugli operatori anche in ragione di tacite raccomandazioni degli organi amministrativi». Più di recente, la particolarissima tensione tra ideale e reale sottesa alle linee guida è ben evidenziata da F. GIUNTA, *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, cit., 82-83, e da L. RISICATO, *Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto*, cit., 197-198. In giurisprudenza si consideri il precedente costituito da Cass., Sez. IV, 23 novembre 2010, Grassini, in *Cass. pen.*, 2012, 542 ss., con nota di T. CAMPANA, *La correlazione tra inosservanza e/o applicazione delle «linee guida» e responsabilità penale del medico* e di G. MARRA, *L’inosservanza delle cd. «linee guida» non esclude di per sé la colpa del medico*, in cui il medico addetto alle cure *post-operatorie*, conformemente alle indicazioni provenienti dalle linee guida in ipotesi di stabilizzazione del quadro clinico, aveva deciso di dimettere un paziente ricoverato d’urgenza per un infarto al miocardio e per un edema polmonare acuto; in seguito alla dimissione il medesimo paziente, colto da insufficienza respiratoria, era deceduto.

27. In merito cfr. G. ROTOLO, *Guidelines e leges artis in ambito medico*, cit., 292 ss.; L. RISICATO, *Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto*, cit., 203.

28. Per un’approfondita analisi del fenomeno, anche in un’ottica comparatistica, A.R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all’individuazione della colpa penale nel settore sanitario*, cit., 10 ss.; M. CAPUTO, «*Filo d’Arianna*» o «*flauto magico*?», cit., 26 ss.

dall'intervento di riforma non può considerarsi circoscritta al profilo dell'imperizia²⁹.

La dottrina fa riferimento, al riguardo, al concetto di *colpa protocolcolare o procedurale*, legato alla tendenza alla proceduralizzazione della prevenzione dell'esito avverso³⁰, posto che il carattere imperativo delle buone pratiche facilita il raggiungimento di un giudizio di tendenziale coincidenza tra le regole di condotta ivi indicate e le regole precauzionali che possono essere poste a fondamento dell'imputazione colposa³¹, anche in considerazione della loro portata spiccatamente cautelare e per lo più scevra di profili attinenti ad esigenze diverse, quali il contenimento dei costi e l'ottimizzazione delle risorse³².

In relazione alle buone pratiche inoltre, anche il requisito del *riconoscimento scientifico* va opportunamente modellato, venendo in considerazione indicazioni comportamentali che derivano dall'osservazione della prassi e che si strutturano sull'opportunità di prevenire i cd. eventi sentinella³³ e, con essi, i singoli esiti avversi. Al riguardo si consideri che il Ministero della salute ha istituito presso l'Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali l'Osservatorio buone pratiche per la sicurezza del paziente, la cui funzione consiste nel favorire il trasferimento delle esperienze facilitando l'accesso alle informazioni, sostenendo lo scambio di conoscenze e promuovendo l'integrazione tra le Regioni, le Organizzazioni Sanitarie e i professionisti³⁴. Ad oggi l'Osservatorio buone pratiche ha approvato e pubblicato tredici raccomandazioni che, stante l'esplicito riconoscimento ricevuto, assumono particolare rilievo e ricomprendono, in via esemplificativa, la prevenzione della ritenzione di garze, strumenti o altro materiale all'interno del sito chirurgico, la prevenzione del suicidio del paziente in ospedale, il corretto utilizzo delle soluzioni concentrate di cloruro di potassio – KCL – e altre soluzioni contenenti potassio, la prevenzione della morte materna correlata al travaglio e/o parto etc.

Orbene, stante l'espresso richiamo della nuova normativa al concetto di buone pratiche, gli operatori del diritto sono ora tenuti a confrontarsi con tali indicazioni che, sebbene non strettamente vincolanti e ad applicazione variabile (in quanto inevitabilmente legata alle risorse disponibili), contribuiscono alla corretta individuazione del dovere cautelare su cui si edifica il tipo colposo, aumentando il suo tasso di determinatezza³⁵. In particolare le *checklist*, attraverso la ripetizione di prassi virtuose, agevolano l'adeguamento alla pretesa normativa e l'effettiva fruizione delle regole cautelari, mutuando quella logica funzionale (e non accusatoria) sottesa ad un approccio di sistema volto a comprendere le cause ed i fattori organizzativi di un determinato evento, per evitare che si ripeta in seguito³⁶.

29. Oltre a quanto affermato nella sentenza in esame, cfr. L. RISICATO, *Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica*, cit., 203; G. IADECOLA, *Brevi note in tema di colpa medica dopo la cd. legge Balduzzi*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 549 ss.; P. PIRAS, *In culpa sine culpa*, cit.; Tale posizione, da un lato sembra risentire di un'attenzione rivolta esclusivamente alle linee guida, dall'altro risulta "storicamente condizionata" dalla ben nota sentenza n. 166 del 1973 della Corte Costituzionale relativa all'art. 2236 c.c.

30. Per tutti D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 305 ss.; nello specifico settore medico L. RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico sanitario*, in A. Belvedere-S. Riondato (a cura di), *La responsabilità in medicina*, Milano, 2011, 977 ss.

31. In questa direzione F. GIUNTA, *Medico (responsabilità penale del)*, in F. Giunta (a cura di), *Dizionari sistematici di diritto penale*, Milano, 2008, 881. Più di recente lo stesso F. GIUNTA, *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, cit., 81-83.

32. F. GIUNTA, *Medico (responsabilità penale del)*, cit., 881, rileva che «le linee guida, al di là della variabilità dei nominalismi, vanno distinte dai protocolli: le prime infatti hanno valore tendenziale, mentre i secondi sono ben più precisi e vincolanti. Ne consegue che un autentico contrasto di regole cautelari si può delineare solo tra norme prasseologiche e regole protocolcolari, in quanto dotate entrambe di sufficiente determinatezza».

33. Definiti nel glossario del documento "La sicurezza dei pazienti e la gestione del rischio clinico", redatto dal Ministero della Salute nel 2006: «eventi avversi di particolare gravità, potenzialmente indicativi di un serio malfunzionamento del sistema, che possono comportare morte o grave danno al paziente e che determinano una perdita di fiducia nei cittadini nei confronti del servizio sanitario».

34. Dal sito www.agenas.it si evince che l'attività di monitoraggio per la prevenzione degli eventi sentinella rientra tra le attività dell'Osservatorio Buone Pratiche per la Sicurezza dei Pazienti e lo strumento su cui si fonda il sistema di monitoraggio è una *checklist* di valutazione del livello di implementazione di ciascuna raccomandazione. Al fine di consentire l'autovalutazione da parte delle organizzazioni sanitarie e supportare le stesse nell'implementazione delle raccomandazioni, vengono rese disponibili, al termine del percorso di valutazione, le *checklist* costruite sui contenuti delle raccomandazioni. Queste sono da considerarsi quali guide funzionali a supportare l'implementazione delle raccomandazioni e strumento di autovalutazione finalizzata al miglioramento. I contenuti delle *checklist* sono stati sviluppati dall'Agenas, sottoposti a validazione da parte di esperti del settore e condivisi con il Ministero della salute e con le Regioni.

35. Perplexità in merito sono invece espresse da O. DI GIOVINE, *La responsabilità penale del medico: dalle regole ai casi*, cit., 89, secondo cui, anche in riferimento alle buone pratiche, verrebbero in rilievo i limiti applicativi caratterizzanti le linee-guida.

36. Così G. FORTI, *Nuove prospettive sull'imputazione penale "per colpa": una ricognizione interdisciplinare*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità*, cit., 107 ss.

Attraverso il parametro valutativo costituito dalle buone pratiche si può giungere ad un'opportuna restrizione degli obblighi di diligenza soprattutto in riferimento alle fattispecie in cui vengono in considerazione i profili relazionali della colpa e gli *obblighi cautelari di natura secondaria* (di vigilanza o controllo)³⁷, come nei numerosi casi riconducibili alla cd. derelizione di oggetti, che per la giurisprudenza costituiscono ipotesi di colpa macroscopica del tutto inidonee a fondare il legittimo affidamento circa la correttezza dell'operato altrui³⁸.

In realtà il carattere proteiforme delle situazioni prospettabili e le esigenze sottese al fenomeno della divisione del lavoro impongono una più attenta analisi, potendosi affermare che, in assenza di indicazioni sul punto da parte del legislatore, risultano prospettabili almeno tre soluzioni interpretative: attribuzione della responsabilità per l'esito avverso a tutti i membri dell'*équipe* chirurgica, in considerazione della posizione di garanzia ricoperta nei confronti del paziente e dell'agevole rilevabilità di un eventuale errore nella cd. conta dei ferri; attribuzione della responsabilità al solo medico che materialmente ha lasciato l'oggetto nelle viscere del paziente, senza recuperarlo dopo l'uso; attribuzione della responsabilità in via esclusiva al sanitario a cui è stata affidato in concreto il compito della conta dei ferri. Inoltre, laddove si ritenga che il giudizio di responsabilità non debba coinvolgere l'intera *équipe* operatoria, ma i singoli operatori, occorre stabilire se sussista o meno di una responsabilità per omesso controllo a carico del chirurgo capo *équipe*, dovendosi valutare altresì se al medico in posizione apicale spetti soltanto il compito di assicurarsi che la conta dei ferri sia stata effettuata o se, viceversa, debba personalmente provvedere ad un ulteriore conteggio.

Secondo attenta dottrina in simili casi la responsabilità non dovrebbe ricadere sul sanitario che materialmente ha lasciato l'oggetto nel corpo del paziente, bensì su chi ha omesso di contare i ferri (di regola il cd. ferrista), secondo una prassi cautelare che tollera la provvisoria derelizione durante la fase operatoria e che rimette lo svolgimento di detto compito al termine dell'intervento chirurgico: "poiché sarebbe illogico richiedere che i pezzi siano materialmente contati più volte da tutti i partecipanti, sono gli assistenti o il ferrista a provvedervi nella prassi, residuando tutt'al più in capo al chirurgo il dovere di controllare che la conta sia stata fatta, non già l'obbligo di ripeterla"³⁹.

Nella prassi giudiziaria invece prevale da ultimo un atteggiamento molto rigoroso che finisce per coinvolgere tutti i membri dell'*équipe* operatoria, in evidente contrasto con il ruolo che il principio di affidamento svolge nell'ambito dell'imputazione colposa e con la funzione ad esso sottesa⁴⁰.

La raccomandazione pubblicata in materia dall'Osservatorio buone pratiche, prevede una dettagliata procedura per il conteggio sistematico dei materiali chirurgici e per il controllo della loro integrità. In particolare il conteggio deve essere effettuato nelle seguenti fasi: prima di iniziare l'intervento (conto iniziale); durante l'intervento chirurgico, prima di chiudere una cavità all'interno di un'altra cavità; prima di chiudere la ferita; alla chiusura della cute o al termine della procedura; al momento dell'eventuale cambio dell'infermiere o chirurgo responsabile dell'*équipe*. Oltre a ciò, ed al di là delle indicazioni riguardanti le modalità della procedura di conteggio (a voce alta, da due operatori contemporaneamente etc.), riveste particolare rilevanza l'*indicazione dei soggetti deputati a tale conteggio*, così individuati: "il conteggio e il controllo dell'integrità

37. Per tutti, L. CORNACCHIA, *La cooperazione colposa come fattispecie di colpa per inosservanza di cautele relazionali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, 821 ss.

38. Al riguardo cfr. G. IADECOLA-M. BONA, *La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie*, Milano, 2009, 120, secondo cui occorre prescindere da valutazioni aprioristiche, per valutare di volta in volta le caratteristiche peculiari del singolo caso concreto, accertando, ad esempio, se si sia trattato di "dimenticanza" vera e propria dell'oggetto da parte del chirurgo, o se invece si sia verificato uno "smarrimento" dell'oggetto medesimo, intendendo tale termine significare un accadimento fortuito, e che perciò non coinvolge la responsabilità dell'operatore.

39. D. MICHELETTI, *La colpa del medico*, cit., 176-177.

40. Per i necessari rimandi giurisprudenziali si consenta un rinvio ad A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, cit., 285 ss.

dello strumentario deve essere effettuato dal personale infermieristico (strumentista, infermiere di sala) o da operatori di supporto, preposti all'attività di conteggio. Il chirurgo verifica che il conteggio sia stato eseguito e che il totale di garze utilizzate e rimanenti corrisponda a quello delle garze ricevute prima e durante l'intervento".

Ne consegue che, valorizzando tali raccomandazioni alla luce del nuovo dato normativo, alla giurisprudenza non sarà più consentito estendere a tutti i sanitari la responsabilità per l'eventuale esito avverso sulla scorta di un indeterminato dovere secondario di controllo, dovendosi al contrario ripartire gli obblighi cautelari in virtù delle indicazioni provenienti dalle buone pratiche accreditate, in modo da consentire al singolo operatore di conoscere in anticipo le regole cautelari di cui è destinatario⁴¹. Per tale via è possibile addivenire ad un ragionevole compromesso tra le istanze di chi ricostruisce il contenuto dei doveri cautelari rimettendosi interamente al modello teorico dell'agente modello, particolarmente aleatorio proprio in riferimento alle attività plurisoggettive, e quanti invece ritengono centrale il ruolo delle regole prasseologiche, senza considerare il possibile scarto tra queste ultime ed il livello di tutela richiesto dall'ordinamento; si restituisce inoltre effettività al principio di affidamento che, con le sue regole ed eccezioni, ben si presta anche a ricomprendere i casi in cui l'altrui comportamento si riveli chiaramente colposo⁴². A ciò si aggiunga che il fine ultimo della tutela dei beni vita-integrità fisica del paziente viene di certo meglio garantito dall'effettiva diffusione di uno stringente e collaudato protocollo applicativo⁴³, atto a prevenire la componente ineliminabile dell'errore umano mediante una serie di adempimenti tra loro funzionali ed interdipendenti⁴⁴, anziché attraverso l'indebito innalzamento del piano cautelare che, esasperando il contenzioso, contribuisce in maniera decisiva alla diffusione di prassi difensive.

In ultimo si consideri però che questo potenziale di accresciuta tassatività si riduce allorché le raccomandazioni attengano a situazioni caratterizzate da maggiore complessità, quali ad esempio la prevenzione del rischio suicidio, in cui, tra l'altro, le buone prassi sono chiamate ad interagire con le indicazioni provenienti dalle linee guida. In tali evenienze, non solo le cautele indicate sono da considerare per lo più "improprie"⁴⁵, in quanto funzionali alla riduzione del rischio e non alla sua certa neutralizzazione, ma soprattutto risultano chiaramente condizionate dai mezzi operativi a disposizione dei singoli e dagli investimenti sulla loro formazione specifica⁴⁶, per cui trova ulteriore conferma la centralità del tema delle *carenze di struttura e di organizzazione*⁴⁷.

41. D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 305 ss., opportunamente rileva però che la colpa cd. protocolcolare, da una parte ha il pregio di consentire una limitazione predeterminata di rischi qualificati e sperimentati nell'ambito di un'affidabile cornice nomologica o esperienziale, dall'altra sconta il pericolo di facili automatismi improntati alla logica del *versari in re illicita*.

42. Limitandoci ai lavori più recenti in tema di colpa medica, G. A. DE FRANCESCO, *L'imputazione della responsabilità penale in campo medico-chirurgico: un breve sguardo d'insieme*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012; A. MASSARO, *Principio di affidamento e obbligo di vigilanza sull'operato altrui: riflessioni in materia di attività medico-chirurgica in équipe*, in *Cass. pen.*, 2011, 3861.

43. Al riguardo anche i sanitari, acquisendo maggior consapevolezza della percentuale di fallibilità insita in qualsiasi attività, dovrebbero superare il pregiudizio per il quale le *checklist* «evocano l'idea di burocratizzazione dell'attività medica, che tradizionalmente ruota attorno al concetto di autonomia, piuttosto che di disciplina». In questi termini, citando Gawande, O. DI GIOVINE, *La responsabilità penale del medico: dalle regole ai casi*, cit., 88.

44. Sul punto G. FORTI, *Nuove prospettive sull'imputazione penale "per colpa": una ricognizione interdisciplinare*, cit., 103 ss., sottolinea come «la valorizzazione dei protocolli e delle c.d. *checklist* sia una sorta di compensazione e surrogazione, attraverso la ripetizione di prassi virtuose, della modesta capacità di richiamo emozionale ed assiologico che caratterizza certe prescrizioni, specialmente di natura tecnica e tali da esigere per lo più risposte rapide e automatiche»; M. CAPUTO, *"Agente modello" e responsabilità per colpa in ambito sanitario*, Milano, 2012, 96 ss., pone in rilievo in particolare le cd. *non-technical skills*, abilità cognitive e di relazione, individuali e di gruppo, che secondo le più aggiornate indagini empiriche svolgono un essenziale ruolo preventivo.

45. Secondo la bene nota distinzione proposta da P. VENEZIANI, *Regole "proprie" ed "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose casualmente orientate*, Milano, 2003, 39 ss.

46. Nella Raccomandazione pubblicata dall'Osservatorio si legge esplicitamente che: «è opportuno che l'ospedale, nel rispetto della dignità della persona, disponga, rispettando le priorità e i limiti di spesa, di: dispositivi di sicurezza, quali serrature di sicurezza, video a circuito chiuso, allarmi, ringhiere; infissi di sicurezza, ove possibile, assicurandone una manutenzione adeguata (con particolare riguardo ai punti luce/finestre dei piani alti); strutture ed attrezzature (ad esempio, docce e cabine docce) che non suggeriscano usi impropri; misure che impediscano alla persona a rischio di accedere a mezzi per togliersi la vita (ad esempio, oggetti taglienti, cinture, corde, farmaci)».

47. Per una trattazione specifica del tema cfr. A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, cit., 330 ss.

Il cuore della sentenza in commento è indubbiamente costituito dalle valutazioni formulate in merito alla distinzione tra colpa lieve e colpa grave e ciò in considerazione dell'assenza di indicazioni da parte del legislatore, che ha inteso rimettere per intero all'interpretazione giurisprudenziale l'individuazione di criteri di giudizio atti a discernere la rilevanza penale o meno del fatto, con l'evidente vizio di indeterminatezza già denunciato⁴⁸ e prontamente rimesso al vaglio della Corte Costituzionale⁴⁹. Prima di procedere all'analisi dei parametri indicati dalla Cassazione è bene però ricordare che tale distinzione viene in considerazione solo laddove vi sia una linea guida o una prassi pertinente al caso di specie, nonché a condizione che questa sia ritenuta dal giudice scientificamente accreditata e che l'esercente la professione sanitaria l'abbia osservata. Come si vede uno spazio applicativo particolarmente angusto, che si snoda mediante due requisiti da accertare caso per caso e con non poche difficoltà probatorie: un primo esplicito, rappresentato dall'esistenza o meno di una linea guida o di una prassi ritenuta conforme al parametro della migliore scienza ed esperienza; un secondo implicito, costituito dalla necessità di disattendere quell'indicazione scientificamente accreditata a fronte delle peculiarità del singolo caso.

Esclusivamente a fronte del positivo accertamento di entrambi i requisiti in questione la distinzione tra colpa lieve e colpa grave, e con essa l'eventuale restrizione della sfera di responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, potrà essere considerata effettivamente rilevante. Ne deriva ulteriormente che l'ingresso nel giudizio delle valutazioni situazionali e/o personalistiche per il tramite della "colpa non lieve" appare significativo per un verso, ma oltremodo riduttivo per l'altro, posto che tali valutazioni dovrebbero sempre presiedere al giudizio sulla responsabilità colposa⁵⁰.

Entrando nel merito della distinzione, la Cassazione a ragione ritiene di trovarsi di fronte ad una "sfumata zona grigia" e dunque orienta l'indagine in primo luogo alle acquisizioni già consolidate in tema di gravità della colpa, con particolare riguardo al giudizio imposto dall'art. 133 c.p., anche se di per sé privo di specifiche indicazioni, ed al combinato disposto degli artt. 43 e 61 n. 3 c.p., che configurano "la colpa cosciente come un grado particolare e non come una autonoma figura di colpa". Trovano menzione quindi i criteri enucleati a tal fine dalla prevalente dottrina, con particolare riferimento alla misura della divergenza tra condotta effettivamente tenuta e condotta normativamente imposta, al profilo soggettivo che riguarda l'agente concreto e che è costituito dal *quantum* di esigibilità dell'osservanza delle regole cautelari, alla considerazione della "motivazione della condotta" ed alla consapevolezza o meno di tenere una condotta pericolosa e, quindi, dalla previsione dell'evento. Dati questi parametri al giudice spetterebbe una "ponderazione comparativa di tali fattori, secondo un criterio di equivalenza o prevalenza non dissimile da quello che viene compiuto in tema di concorso di circostanze", valutazione che la stessa Cassazione, con lucida consapevolezza, definisce "altamente discrezionale".

In merito non v'è chi non veda, da un lato il rischio che il giudice si erga ad improprio Demiurgo in grado, mediante il suo imperscrutabile scrutinio, di trasformare gli indici quantitativi (relativi al *quantum* della pena) in indici qualitativi (relativi all'*an* della pena), dall'altro la difficile compatibilità tra la valutazione di tali parametri ed i requisiti a cui è subordinata la stessa valutazione. Come si è già avuto modo di accennare, occorre infatti che si verifichi una situazione per cui il medico si sia attenuto a

48. Sul punto in particolare G. FORTI, *Nuove prospettive sull'imputazione penale "per colpa"*, cit., 121 ss. Si consenta inoltre il rinvio ad A. ROIATI, *Linee guida, buone pratiche e colpa grave: vera riforma o mero placebo?*, cit., 225.

49. Trib. Milano, Sez. IX, 21.3.13, Giud. Giordano, imp. Andreata e altri, con nota di M. SCOLETTA, *Rispetto delle linee guida e non punibilità della colpa lieve dell'operatore sanitario: la "norma penale di favore" a giudizio della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 29 marzo 2013. Puntuali annotazioni sull'eccezione di incostituzionalità sollevata dal tribunale di Milano in D. PULITANO, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, in *Dir. pen. cont.*, 5 maggio 2013, che sottolinea «il nucleo assiologico dell'approccio del Tribunale: una valutazione negativa della nuova norma in quanto restrizione della tutela penale: di per sé censurabile indipendentemente dagli asseriti difetti tecnici del modo in cui è stata articolata».

50. Cfr., per tutti, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 469 ss.

linee guida e prassi scientificamente accreditate e riconosciute, nonché pertinenti almeno in astratto al caso di specie, ma che in concreto avrebbe dovuto disattendere; a fronte di ciò la necessità di operare in maniera difforme rispetto alle indicazioni scientifiche dovrebbe altresì configurare una colpa “non lieve”, da valutare in riferimento al concorrere di aleatori parametri quantitativi o situazionali. Nello specifico, afferma la Cassazione “quanto maggiore sarà il distacco dal modello di comportamento, tanto maggiore sarà la colpa; e si potrà ragionevolmente parlare di colpa grave solo quando si sia in presenza di una deviazione ragguardevole rispetto all’agire appropriato definite dalle standardizzate regole di azione... apprezzamento basato sulle conoscenze scientifiche ed al contempo marcatamente focalizzato sulle particolarità del caso concreto”. Trattandosi di situazioni in cui si richiede al medico di discostarsi dalle indicazioni di genere provenienti dal sapere scientifico consolidato, non resta che adottare quale base del giudizio un agente modello sempre più immaginifico e sempre meno aderente alla realtà, e più precisamente, a parere della sentenza in commento, “il comportamento dell’agente modello laddove risulti necessario disattendere le indicazioni scientifiche o esperienziali accreditate ed invalse⁵¹”; come si vede un paradigma deontico del tutto sganciato dal quadro nomologico di riferimento ed interamente forgiato dalla testa del giudicante, tanto che la pena finisce inevitabilmente per ammantarsi di un’impropria funzione morale e pedagogica⁵².

Simili contraddizioni però non possono essere poste ad esclusivo carico dell’interprete, costretto a confrontarsi con il dato testuale, ma chiamano in causa direttamente le modalità attraverso cui è stata formulata la disposizione e le contingenze che ne hanno condizionato il contenuto⁵³. Un timido spiraglio di luce, nei tortuosi percorsi che caratterizzano la disposizione in questione, si intravede nella possibilità che, attraverso l’introduzione del requisito della colpa grave, si favorisca un ingresso alle valutazioni soggettive⁵⁴, usualmente neglette in giurisprudenza, là dove la stessa Cassazione afferma che “oltre a doversi valutare la complessità, l’oscurità del quadro patologico etc., occorre considerare la situazione nella quale il terapeuta si trova ad operare: l’urgenza e l’assenza di presidi adeguati, come si è esposto, rendono difficile anche ciò che astrattamente non è fuori dagli *standard*”.

In realtà si tratta di valutazioni imposte dal rispetto del principio di colpevolezza o comunque sottese alla ricostruzione di una tipicità connotata soggettivamente, a prescindere dalla necessità di discernere le ipotesi di colpa lieve da quelle di colpa grave, come comprovato d’altronde dalla più recente giurisprudenza, che era già arrivata a conferire una qualche rilevanza a tali elementi, seppure attraverso una non proprio lineare interpretazione dell’art. 2236 c.c. quale “*massima di esperienza*”⁵⁵.

Non resta quindi che constatare l’attuale distanza che intercorre tra la dottrina e la

51. In particolare si afferma che «gli strumenti concettuali per muoversi su tale terreno sono quelli della tradizione. Invero non si potrà mancare di individuare le caratteristiche dell’atto medico, la sua complessità; e di definire la figura di professionista, l’*agente modello* cioè, *adeguatamente qualificato per gestire lo specifico rischio terapeutico*; e di comprendere se l’agente concreto si sia altamente discostato dallo *standard* di qualità dell’agire terapeutico che il professionista archetipo esprime regolarmente».

52. F. GIUNTA, *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, cit., 75, rileva che «non c’è modo di incarnare la figura dell’agente modello, di fare uomo questa idealità; essa resta astratta, inconoscibile *ex ante*, non consultabile: la sua dimensione deontica ha una superba e irrinunciabile funzione pedagogica».

53. A. ROIATI, *Linee guida, buone pratiche e colpa grave: vera riforma o mero placebo?*, cit., 216 ss.

54. D. CASTRONUOVO, *La colpa “penale”. Misura soggettiva e colpa grave*, cit., 200 ss., secondo cui «la colpa grave può rivelarsi dunque un “grimaldello” per accedere dal livello del fatto illecito – “soggettivamente” connotato da una colpa spesso tutta “oggettiva” – al piano superiore della colpevolezza, concretizzando e individualizzando il giudizio di responsabilità». In termini simili, in riferimento alla possibile applicazione dell’art. 2236 c.c., l’estensore della sentenza in commento R. BLAIOTTA, *La responsabilità medica: nuove prospettive per la colpa*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità*, cit., 324 ss., «attraverso il concetto di colpa grave rivisitato in chiave logica si rinviene lo strumento concettuale, il *topos* per far entrare il profilo più squisitamente soggettivo della colpa nel giudizio di responsabilità».

55. In particolare si sostiene che l’art. 2236 c.c. potrebbe trovare riscontro anche in ambito penale, non per effetto di diretta applicazione, ma come regola di esperienza cui il giudice possa attenersi nel valutare l’addebito di imperizia. Cfr. Cass., Sez. IV, 5 aprile 2011, Montalto; Cass., Sez. IV, 22 novembre 2011, Di Lella; Cass., Sez. IV, 21 giugno 2007, Buggè. F. GIUNTA, *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità*, cit., 90, sottolinea il possibile «impiego del giudizio di colpevolezza come spazio di manovra di una benevolenza giudiziaria eventualmente correttiva dell’abnorme ampliamento della pretesa cautelare».

giurisprudenza da una parte, che nonostante i diversi ruoli ed i diversi approcci hanno comunque provato ad intraprendere un proficuo interscambio, ed il legislatore dall'altra, sempre più condizionato da logiche estemporanee e dall'assenza di politiche di ampio respiro. Un'ulteriore riprova di ciò può essere agevolmente rinvenuta laddove si passi in ultimo a considerare, anche alla luce della riforma in esame, il decisivo ruolo e le evidenti contraddizioni di un'indiscussa protagonista che sempre si staglia sul fronte della responsabilità per colpa medica: la prescrizione del reato⁵⁶.

Una volta ritenuta sussistente la *parziale abolizione* delle fattispecie colpose commesse dagli esercenti la professione sanitaria, nel caso in cui il sanitario medesimo si sia attenuto alle linee guida ed alle buone pratiche scientificamente accreditate, è sin troppo agevole prevedere l'oblio della prescrizione quantomeno per i casi di annullamento con rinvio volti a riconsiderare il fatto, per poi stabilire se lo stesso si collochi nella sotto-fattispecie abrogata o in quella ancora vigente, nonché per determinare la sussistenza o meno di una colpa lieve.

Al di là delle contingenze determinatesi in virtù dei profili intertemporali conseguenti alla riforma però, preme sottolineare che la complessa indagine imposta dal legislatore determinerà inevitabilmente un significativo impatto sui tempi del processo, dovendosi, per rimanere alle parole utilizzate dalla Suprema Corte, "comprendere se la gestione di quello specifico rischio sia governata da linee guida specificate, se il professionista si sia ad esse attenuto, se infine, nonostante tale complessivo ossequio ai suggerimenti accreditati, vi sia stato alcun errore e, nell'affermativa, se esso sia rimarchevole o meno". Ciò porta anche ad escludere la possibilità che l'intervenuta riforma possa svolgere una funzione deflattiva e/o selettiva dell'enorme contenzioso che coinvolge l'attività sanitaria, posto che solo all'esito del giudizio potrà stabilirsi se nella fattispecie vi sia stata o meno colpa lieve.

Questa accresciuta complessità del giudizio va anche raffrontata con gli interventi di riforma che hanno modificato sensibilmente la sfera applicativa delle fattispecie colpose, operando in particolare sui termini di prescrizione. Si consideri al riguardo la l. 5 dicembre 2005 n. 251⁵⁷, che ha raddoppiato il tempo necessario a prescrivere in relazione ad alcune specifiche ipotesi di reato, ovvero in riferimento ai delitti di cui agli articoli 449 e 589, secondo, terzo e quarto comma⁵⁸, c.p. (oltre che in relazione ai reati di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater c.p.p.), senza includere in tale ambito le fattispecie non circostanziate riconducibili all'art. 589, comma 1, c.p.; in tal modo fruiscono del regime speciale le ipotesi di colpa specifica, dove per lo meno la regola cautelare è più facilmente reperibile, mentre rimangono escluse le ipotesi di colpa generica, da sempre esposte alla falce della prescrizione⁵⁹. Inoltre i livelli edittali riferibili alla

56. D. MICHELETTI, *La colpa del medico*, cit., 189 ss., sottolinea efficacemente come la prescrizione del reato colposo costituisca una *grave minaccia alla precisione contenutistica della regola cautelare*, stante l'orientamento giurisprudenziale secondo cui, in presenza di una causa estintiva del reato, il giudice deve pronunciare l'assoluzione nel merito solo nei casi in cui le circostanze idonee ad escludere l'esistenza del fatto emergano dagli atti in modo assolutamente incontestabile; D. CASTRONOVO, *L'evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, cit., 1596, fa riferimento ad esiti di "bagatellizzazione processuale".

57. In merito R. BRICCHETTI, *Un nuovo criterio fissa la gravità dei reati*, in *Guida al diritto*, 2006, Dossier n. 1, 67; D. MICHELETTI, *La nuova disciplina della prescrizione*, in F. Giunta (a cura di), *Le innovazioni al sistema penale apportate dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251*, Milano, 2006, 246 ss.; T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida al dir.*, 2006, Dossier n. 1, 34 ss.. Si consenta inoltre il rinvio ad A. ROIATI, *I limiti applicativi della colpa penale e la riforma introdotta dalla L. 5 dicembre 2005 n. 251: verso l'adozione di regimi sanzionatori differenziati?*, in *Riv. pen.*, 2006, 617.

58. Occorre considerare anche la successiva legge 24 luglio 2008 n. 125 che ha convertito, con modifiche, il decreto-legge 23 maggio 2008 n. 92, e che all'art. 1 racchiude le innovazioni apportate al codice penale, a partire dal comma 2 dell'art. 589 c.p., il cui livello edittale è stato innalzato *da cinque a sette anni di reclusione* (rispetto ai sei previsti dal d.l. ed ai cinque originariamente previsti dalla norma). E' stata inoltre introdotta una nuova *circostanza aggravante ad effetto speciale* per l'ipotesi in cui il fatto sia stato commesso, con violazione delle norme sulla circolazione stradale, da un soggetto in stato di ebbrezza alcolica o sotto l'effetto di sostanze stupefacenti o psicotrope e, nel caso di morte di più persone o di morte di una o più persone e di lesioni di una o più persone, la soglia massima per il relativo aumento di pena è stata innalzata da dodici a quindici anni di reclusione.

59. Così D. MICHELETTI, *op. ult. cit.*, 250.

responsabilità medica sono rimasti invariati ed il termine di prescrizione ordinario è stato ulteriormente ridotto, contrariamente a quanto previsto per le fattispecie verificatesi in violazione delle norme sulla circolazione stradale o di quelle per la prevenzione degli infortuni sul lavoro⁶⁰.

Orbene, manipolando in maniera tanto difforme il regime di prescrizione, si è inteso configurare veri e propri *settori di colpa differenziati*, non potendo disconoscersi né il rapporto di mutua implicazione esistente tra diritto sostanziale e disciplina processuale, né il ruolo decisivo che la prescrizione svolge nella prassi giudiziaria⁶¹. La risposta sanzionatoria viaggia così su percorsi tra loro eterogenei, posto che la violazione delle norme sulla circolazione stradale o di quelle sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro spinge il reo verso il percorso carcerario, mentre le ipotesi non circostanziate rimangono nel limbo di una ineffettività prossima alla depenalizzazione di fatto, tanto che, in riferimento alla responsabilità medica, la pena tende ad essere strumentalizzata a fini eticizzanti⁶² e/o meramente risarcitori⁶³. L'acclarata mancanza di efficacia del sistema punitivo⁶⁴, in altri termini, consente di controbilanciare la tendenza a soddisfare la prospettiva vittimologica, per cui il diritto penale finisce per invertire impropriamente i termini della sussidiarietà.

Al riguardo, l'intervenuta riforma non sembra di certo in grado di correggere le distorsioni insite nel complessivo sistema sanzionatorio, potendosi al più salutare con favore l'eventualità che, attraverso di essa, possa aprirsi un proficuo percorso dialogico tra scienza medica e scienza giuridica e possano trovare maggiore considerazione gli elementi che attengono al giudizio individualizzante ed alle caratteristiche peculiari della situazione data (caratteristiche personali del soggetto agente, urgenza dell'intervento, concitazione, assenza di presidi adeguati, carenza di personale etc.).

Simili giudizi però non dovrebbero essere ridotti al momento – tutto eventuale – in cui il giudice è chiamato a discernere tra colpa lieve e colpa grave, posto che il principio di colpevolezza richiede – sempre – il rispetto della dignità della persona come limite invalicabile all'intervento punitivo statale⁶⁵.

60. A ciò si aggiunga che la casistica più ricorrente nella prassi giudiziaria è condizionata dalla presenza di fatti interruttivi del corso della prescrizione, ed al riguardo la novella legislativa stabilisce che, salvo le eccezioni espressamente previste, «in nessun caso i termini stabiliti possono essere prolungati di più di un quarto del tempo necessario a prescrivere».

61. In particolare, in riferimento all'omicidio colposo, si delineano tre diversi livelli di operatività e la responsabilità medica si colloca *al gradino più basso*, al pari di tutte le ipotesi non circostanziate. Il *livello intermedio* comprende invece gli eventi verificatisi in violazione delle norme sulla circolazione stradale o per la sicurezza del lavoro e si caratterizza per: margini edittali più alti, sia nel minimo che nel massimo; un termine di prescrizione pari al doppio di quello previsto per l'ipotesi base; l'esistenza di fattispecie contravvenzionali di mera condotta che anticipano la soglia di rilevanza penale al pericolo. Al *livello più alto* si colloca il delitto colposo commesso dal guidatore in stato di ebbrezza o sotto l'effetto di sostanze stupefacenti o psicotrope, la cui pena è raddoppiata nel massimo rispetto alle ipotesi non circostanziate e aumentata nel minimo da sei mesi a tre anni, con l'evidente intento di precludere al giudice la possibilità di accordare benefici e misure alternative.

62. D. GARLAND, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, t.i. *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, Milano, 2004.

63. Cfr. O. DI GIOVINE, *La responsabilità penale del medico: dalle regole ai casi*, cit., 63. Da ultimo, per un tentativo di svincolare la responsabilità penale da quella civile, cfr. A.R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individuazione della colpa penale nel settore sanitario*, cit., 233 ss.

64. Già F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Bologna, 1990, 90, sottolineava come tutto è controbilanciato ed attutito dalla scomparsa del principio di indefettibilità della pena, tanto che il diritto penale è ridotto ad una sorta di mimica inoffensiva.

65. Cfr. H. HOFMANN, *La promessa della dignità umana. La dignità dell'uomo nella cultura giuridica tedesca*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1999, 622 ss.

L'inutilizzabilità "derivata": un mito a mezza via fra nullità ed esigenze sostanziali

SOMMARIO

1. PREMessa. – 2. LA RICOSTRUZIONE TEORICA DELL'INUTILIZZABILITÀ "DERIVATA". – 3. (SEGUE) IL RAPPORTO DI "DIPENDENZA". – 4. L'APPLICAZIONE PRATICA DELL'INUTILIZZABILITÀ "DERIVATA". – 5. (SEGUE) ATTI PROBATORI «A COMPIMENTO LIBERO» O «A COMPIMENTO VINCOLATO». – 6. (SEGUE) IL RAPPORTO FRA PERQUISIZIONE E SEQUESTRO. – 7. UN ISTITUTO PRECARIO E INSODDISFACENTE. – 8. FENOMENI ALTERNATIVI DI TRASMISSIONE DEL VIZIO. – 9. IL RUOLO DELL'INUTILIZZABILITÀ TRA FASE INVESTIGATIVA E DECISORIA. – 10. UNA SOLUZIONE ALTERNATIVA ALLA PROPAGAZIONE. – 11. LA SPERIMENTAZIONE CONCRETA DEL MODELLO PROPOSTO. – 12. CONCLUSIONI.

1 PREMESSA

L'inutilizzabilità nasce come istituto severo che – almeno astrattamente – non ammette compromessi a fronte dell'acquisizione di prove vietate; i risultati non sono però sempre stati pari alle attese, soprattutto a causa della formulazione dell'art. 191 c.p.p., forse troppo ambigua per assicurare omogeneità interpretativa.

Fra i molteplici dubbi ancora irrisolti, la questione più controversa resta la sorte delle prove, la cui acquisizione è stata propiziata da fonti conoscitive inutilizzabili. Si immagini che le informazioni tratte da un interrogatorio viziato vengano utilizzate per disporre pedinamenti e controlli satellitari tramite gps, oppure che i risultati di intercettazioni illegittime abbiano costituito l'unica risorsa per individuare nuove utenze telefoniche da captare; oppure ancora che, a seguito di una dichiarazione estorta, il pubblico ministero scopra il luogo ove sono state pianificate le azioni criminose e vi rinvenga fondamentali prove reali.

Cosa accade insomma quando una prova inutilizzabile viene sfruttata per acquisirne altre? Le prove così ottenute sono anch'esse invalide o vanno esenti da vizi?

La risposta è molto delicata e modifica sostanzialmente gli equilibri fra due esigenze contrapposte, che da sempre governano la disciplina delle prove: da una parte, la necessità di garantire un accertamento giudiziale completo ed efficiente; dall'altra, il dovere di tutelare diritti e libertà costituzionalmente garantiti, spesso "compressi" durante la ricerca della verità processuale¹.

Il quesito viene spesso risolto attraverso il ricorso alla categoria della cosiddetta inutilizzabilità "derivata"²: l'illegittimità della prova precedente si trasmetterebbe a quelle successive, contaminandole d'inutilizzabilità³.

1. In questo senso, C. CONTI, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussola della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 796.

2. Per una ricognizione iniziale del tema, si vedano C. CONTI, voce *Inutilizzabilità* (*dir. pen. proc.*), in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2004, 13-14; N. GALANTINI, *Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 82-84; G. ILLUMINATI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 534-535.

3. Nella trattazione dell'inutilizzabilità "derivata", viene spesso evocata la dottrina dei «frutti dell'albero avvelenato» di matrice statunitense; la Corte suprema – attraverso varie stratificazioni ormai quasi secolari – ha sviluppato una vera e propria teoria della derivazione, dapprima in merito al rapporto fra perquisizione e sequestro, poi anche relativamente alle prove dichiarative. Si vedano, per ulteriori indicazioni bibliografiche, C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, 339-362; M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata*, Fano, 2012, 263-275.

2

LA RICOSTRUZIONE TEORICA DELL'INUTILIZZABILITÀ "DERIVATA"

In questa sede, verranno affrontati i profili controversi di tale ricostruzione e si tenterà di individuare una via alternativa, che, pur prefigurandosi obiettivi simili, appaia maggiormente conforme alla natura e ai presupposti del vizio in esame.

Chi cerchi nel codice di procedura penale un qualche riferimento all'inutilizzabilità "derivata", resterà deluso: come è noto, al «silenzio del legislatore»⁴, ha voluto riparare parte della dottrina, ispirandosi, in maniera più o meno esplicita, all'art. 185, comma 1, c.p.p., secondo cui «la nullità di un atto rende invalidi gli atti consecutivi che dipendono da quello dichiarato nullo»; i fautori dell'inutilizzabilità "derivata" sostengono che, a parità di condizioni, ossia in presenza di prove "dipendenti", anche l'inutilizzabilità sarebbe in grado di propagarsi⁵.

Questa affermazione suscita una serie di problemi: in primo luogo, l'innesto nell'inutilizzabilità di meccanismi ideati per la nullità deve trovare una giustificazione formale nella legge processuale; secondariamente, è necessario individuare fra le prove nessi di "dipendenza", che consentano al vizio di espandersi; infine, anche ammettendo che le prime due questioni siano risolte positivamente, non è affatto scontato che l'istituto astratto si riveli facilmente adattabile alle peculiarità dei singoli casi.

Il primo aspetto è quello meno esplorato. La dottrina si è infatti preoccupata prevalentemente dei profili operativi dell'inutilizzabilità derivata e, così facendo, è stata posta in secondo piano la necessità di spiegare come essa nasca, ossia in che modo possa essere forgiato un istituto privo di un immediato fondamento codicistico. Eppure la soluzione non è affatto a portata di mano.

L'applicazione analogica dell'art. 185 c.p.p. sembra la via più semplice⁶. Tuttavia, bisogna ricordare che la nullità è una «sanzione processuale» tipica, che può operare solo a fronte di fattispecie altrettanto tipiche⁷.

Questa materia è infatti governata dal principio di tassatività (art. 177 c.p.p.), il cui corollario principale è il divieto di analogia: l'interprete non può applicare la nullità in casi diversi da quelli espressamente previsti dal legislatore, nemmeno «sull'asserito presupposto della medesimezza di *ratio legis*»⁸. Mentre si afferma che, in alcune circostanze, un rigoroso ossequio a tale regola potrebbe comportare profili di irragionevolezza del sistema, tradizionalmente il settore delle nullità ne conosce un'applicazione rigida⁹.

Tale disciplina non può quindi agire oltre i confini tracciati dal legislatore e, per questa ragione, l'applicazione analogica dell'art. 185 c.p.p. – oltretutto per veicolare un vizio diverso dalla nullità – viene da molti correttamente considerata discutibile¹⁰.

4. Così P. TONINI – C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2012, 113.

5. Si vedano, ad esempio, le ricostruzioni effettuate da C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., 254-259; F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008, 91-96; M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata*, cit., 253-313; G. PIERRO, *Una nuova specie d'invalidità: l'inutilizzabilità degli atti processuali penali*, Salerno, 1992, 170-171.

6. Propongono questa soluzione E. BASSO, *Commento all'art. 252 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, vol. II, Torino, 1990, 731; L.P. COMOGGIO, *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata delle prove acquisite con il susseguente sequestro*, in *Cass. pen.*, 1996, 1158; F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 91; F.M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1993, 253; M. MONTAGNA, *Il "male captum bene retentum" è davvero applicabile ai rapporti tra perquisizione e sequestro?*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 1126; A. SCELLA, *L'inutilizzabilità della prova nel sistema del processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 216.

7. Così N. GALANTINI, voce *Vizi degli atti processuali penali*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XV, Torino, 1999, 344-345.

8. Così G. MARABOTTO, voce *Nullità nel processo penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, Torino, 1994, 271; si vedano anche G. DI CHIARA, *Le nullità*, in *Atti del procedimento penale. Forma e struttura*, coordinato da E. Marzaduri, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, diretta da M. Chiavario e E. Marzaduri, Torino, 1996, 193-194; A. GALATI, voce *Nullità*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano, 1978, 911.

9. Si vedano P. DI GERONIMO, *La nullità degli atti nel processo penale*, Milano, 2011, 14; M. PANZAVOLTA, voce *Nullità degli atti processuali*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXI, Roma, 2005, 3.

10. Secondo P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, 2ª ed., Milano, 2012, 562, «lascia perplessi, in ogni caso il ricorso al ragionamento per analogia in una materia che si ritiene governata dal principio di tassatività»; EAD., *La Cassazione invita a riflettere sul rapporto tra prove illegittime e sequestro*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1519. Si vedano anche R. CASIRAGHI, *Prove vietate e processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1789, secondo cui «potrebbe prestarsi a critiche il ricorso all'art. 185 comma 1 c.p.p.; in materia vige il principio di tassatività, cosicché appare eccentrico applicare la norma al di fuori della specifica ipotesi descritta»; N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Milano, 1992, 83, secondo cui estendere l'istituto dell'invalidità derivata all'inutilizzabilità costituisce una «forzatura».

Lascia altrettanto perplessi l'idea di ricavare dalla disposizione appena citata un principio generale di «invalidità derivata»¹¹; vincolata al principio di tassatività, questa materia non pare idonea ad accogliere regole astratte di ampia portata. In linea generale, poi, non vi è motivo per ritenere che una norma – collocata all'interno della disciplina di una invalidità e a quella soltanto riferita – ambisca a regolare la propagazione di altri vizi processuali.

A supporto di tali conclusioni, conviene poi ricordare che neppure la Corte costituzionale ha voluto assumersi la responsabilità di siffatte operazioni ermeneutiche: secondo i giudici delle leggi, tali scelte comporterebbero «l'esercizio di opzioni che l'ordinamento riserva esclusivamente al legislatore, in una tematica, per di più, che – quale quella dei rapporti di correlazione o dipendenza tra gli atti probatori – ammette, già sul piano logico un'ampia varietà di possibili configurazioni e alternative»¹².

Queste parole della Consulta sono ben più significative di quanto appaiano a prima vista. Non vi si legge soltanto un *non possumus*, ma soprattutto un invito a rispettare e valorizzare le scelte compiute dal legislatore: il fatto che l'inutilizzabilità non sia stata progettata per propagarsi non può essere *tout court* considerato una lacuna, cui porre analogicamente rimedio; prima di predisporre surrogati esegetici, è opportuno immaginare che l'asserita «mancanza» sottenda a una *ratio* ben precisa, della quale occorra sondare le motivazioni.

Insomma, la creazione di un fenomeno di trasmissione dell'inutilizzabilità – ricavato dalle regole della nullità derivata e operante nei medesimi casi – non pare supportata da un'adeguata legittimazione nel diritto positivo; inoltre, tale istituto sembra rappresentare una soluzione troppo poco attenta alla volontà dei codificatori.

3

(SEGUE) IL RAPPORTO DI “DIPENDENZA”

La seconda questione (l'individuazione di atti probatori giuridicamente connessi) ha goduto di maggiore trattazione e possiamo anzi affermare che l'intero dibattito sull'inutilizzabilità derivata si riduce spesso a tale tema¹³: chi individua atti probatori fra loro “dipendenti” sostiene che l'inutilizzabilità possa propagarsi; chi nega l'esistenza di simili relazioni ritiene che essa non contamini le prove susseguenti.

Avvicinata all'invalidità derivata, l'inutilizzabilità è stata infatti travolta, suo malgrado, dall'eterno dibattito sulla nozione di atto “dipendente”. Riassumiamone brevemente i contorni.

Il concetto di “dipendenza”¹⁴ – oggi codicisticamente espresso dall'art. 185 c.p.p. – viene descritto come «rapporto di presupposizione necessaria»¹⁵: l'atto portatore del vizio può contagiare quelli successivi soltanto se ne costituisce «la premessa logica e giuridica»¹⁶ o la determinante «ragione d'essere»¹⁷.

Fin qui tutti concordano; le divergenze sorgono al momento di elencare gli atti avvin-
vinti da un legame tanto intenso.

Secondo M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata*, cit., 286, escludere la derivazione dall'ambito dell'inutilizzabilità per il fatto che in tale materia non esiste un principio analogo all'art. 185 c.p.p. costituisce «una scorciatoia argomentativa»; il vero problema sarebbe piuttosto capire se tale disposizione sia riferibile anche alle prove.

11. Ipotizzano questa soluzione R. CASIRAGHI, *Prove vietate*, cit., 1789; M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata*, cit., 198 e 286-288; C. PEYRON, voce *Invalidità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, 615; si veda anche A. VITALE, *Nullità assoluta e inutilizzabilità assoluta delle prove nel nuovo giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 2001, 998.

12. Si tratta di C. cost., 27 settembre 2001, n. 332, in *Giur. cost.*, 2001, 2821.

13. Si vedano, ad esempio, F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 92: «In ogni caso, il contagio di un atto probatorio viziato agli atti successivi è comunque subordinato ad un rapporto di dipendenza»; E.M.T. DI PALMA, *Inutilizzabilità delle dichiarazioni indizianti ed invalidità derivata*, in *Cass. pen.*, 1996, 181; G. ILLUMINATI, *L'inutilizzabilità della prova*, cit., 534.

14. Per una ricognizione dei vari modi in cui il rapporto di “dipendenza” è stato definito, si veda M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata*, cit., 110-112.

15. G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, 7ª ed., Torino, 2011, 199. Si veda anche M. NOBILI, *La nuova procedura penale: lezioni agli studenti*, Bologna, 1989, 310: l'Autore parla di “presupposto normativo indefettibile”.

16. G. MARABOTTO, voce *Nullità nel processo penale*, cit., 277.

17. G. MAGLIOCCA, *Le nullità*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. I, *Soggetti e atti*, t. II, *Gli atti*, a cura di G. Dean, Torino, 2008, 412.

Le interpretazioni più restrittive considerano giuridicamente connessi solo gli atti che appartengono a «sequele dinamiche necessarie»¹⁸, «*ordo procedendi*»¹⁹ legislativamente stabiliti, la cui precisa realizzazione è condizione di validità dell'intero procedimento²⁰; possiamo pensare al rapporto che lega la richiesta di rinvio a giudizio e il decreto che dispone il giudizio: nel processo ordinario, se non vi è la richiesta, non può essere validamente emesso il decreto²¹. Le prove, al contrario, intratterrebbero soltanto legami «occasional»: effettivamente, di regola, non vi sono casi in cui a un interrogatorio debba seguire inderogabilmente un confronto, oppure a un'intercettazione un'ispezione²².

Di qui, la celebre affermazione corderiana – riferita al codice previgente, ma ancora attuale – secondo cui «tra i vari frammenti del contesto istruttorio intercorre un semplice nesso psicologico [...]; l'equivoco sta nel postulare tra le singole iniziative probatorie quel rapporto di dipendenza giuridica, sul quale si basa la nozione del procedimento»²³.

Altre ricostruzioni sono invece più estensive²⁴ e in molti ritengono che anche le prove possano dirsi «dipendenti», quando fra esse sorge un «legame sostanziale»²⁵, in cui la successiva rinviene nella precedente «la sua unica giustificazione e la sua causa essenziale»²⁶.

Così estesa l'invalidità derivata alle prove, si è quindi pensato di poterla applicare anche in materia di inutilizzabilità²⁷; in questo modo, attraverso un dubbio adattamento delle regole sulla propagazione della nullità, anche la prova inutilizzabile contamina le acquisizioni successive.

Il dibattito appena illustrato conferma quanto prima si accennava: la *querelle* sulla propagazione dell'inutilizzabilità verte principalmente sulla tipologia degli atti (atto propulsivo, atto probatorio, atto presupposto) e sulla qualità dei legami che fra di essi intercorrono; al contrario, le caratteristiche del vizio vengono prese in considerazione solo marginalmente²⁸. In altre parole, molti si chiedono se le prove sono in grado di contagiarsi fra loro, ma poi non si preoccupano di sapere se l'inutilizzabilità è una malattia contagiosa.

Tuttavia, quest'ultimo interrogativo – allorché si voglia indagare un'eventuale trasmissione del vizio – è senza alcun dubbio rilevante e merita di essere affrontato.

La risposta, del resto, non può che trovarsi nelle disposizioni che regolano l'inutilizzabilità. Come stabilisce chiaramente l'art. 191 c.p.p., l'inutilizzabilità opera in conseguenza della violazione di un divieto²⁹: la prova può essere estromessa in quanto di

18. F. CORDERO, *Procedura penale*, 9ª ed., Milano, 2012, 1192.

19. M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., 310.

20. Si veda G. CONSO, *Il concetto e le specie d'invalidità. Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, Milano, 1955, 79.

21. Si parla in questi casi di «atti propulsivi, ossia quelli «necessari alla struttura del procedimento» (così, M. PANZAVOLTA, voce *Nullità degli atti processuali*, cit., 16).

22. In questo senso, O. LUPACCHINI, *Se e come utilizzare una prova illecitamente ritrovata*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 1129; M. NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, in *Giust. pen.*, 1991, III, 645.

23. F. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, 171.

24. Si veda, ad esempio, M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata*, cit., 115-125, secondo cui «l'atto propulsivo non esaurisce tutti i casi di dipendenza giuridica in cui può sprigionarsi la forza della derivazione» (125); «il nesso di consecuzione giuridica va visto nel dato per cui un atto costituisce il presupposto del successivo; ove atto presupposto del successivo significa atto che attribuisce (o concorre ad attribuire) il potere di realizzare il successivo» (123).

25. Così si esprime E. BASSO, *Commento all'art. 185 c.p.p.*, in *Commento al nuovo Codice di procedura penale*, cit., vol. I, 368; nello stesso senso, G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., 199.

26. Testualmente, C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, Padova, 2008, 270. Si veda anche L.P. COMOGGIO, *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata*, cit., 1158.

27. Si veda, ad esempio, M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata*, cit., 287-288.

28. Cfr. M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata*, cit., 99-100, secondo cui «l'essenza della derivazione non consiste nel domandarsi se il vizio che colpisce un determinato atto possa contagiare un successivo, poiché l'attenzione va posta sull'atto nullo più che sulla causa invalidante: bisogna vedere se l'atto invalido contamina un successivo, non tanto se il suo vizio possa causare l'imperfezione del secondo».

29. Si sostiene generalmente che gli atti affetti da inutilizzabilità fisiologica, cioè gli atti delle indagini preliminari che non possono divenire prova dibattimentale, siano atti *secundum legem*, ossia pienamente conformi al proprio modello legale, ma comunque inutilizzabili (si vedano, ad esempio, C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., 22; N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., 5-10). In realtà, anche in questi casi, è possibile individuare una serie di divieti di acquisizione (ad esempio, il sistema delle letture e delle contestazioni), che proibiscono l'acquisizione dibattimentale degli atti d'indagine; solo alla violazione dei divieti predetti scatta l'inutilizzabilità. Dunque il meccanismo di operatività dell'inutilizzabilità

per sé vietata (art. 240 c.p.p.), oppure perché formata attraverso modalità vietate (art. 188 c.p.p.). Questo vizio è dunque lo strumento attraverso il quale viene selezionato il materiale probatorio fruibile nel corso del procedimento³⁰.

L'invalidità derivata ha tutt'altra origine e opera in situazioni completamente differenti: essa «rimuove dal processo atti formalmente perfetti»³¹, meritevoli di essere esclusi in quanto appartenenti a una sequenza viziata. L'atto contagiato corrisponde al proprio modello legale e non ha alcun difetto; eppure viene travolto dalla nullità. Questo fenomeno consente allora di invalidare una serie di atti, in cui l'elemento «presupposto» non permetteva il compimento di quelli successivi³².

Da una parte, vi sono prove vietate, che entrano nel procedimento nonostante il divieto di acquisirle; dall'altra, atti legittimi – se singolarmente considerati – la cui contrarietà alla legge non sta propriamente in sé, ma “deriva” da quelli che li hanno preceduti.

Dovrebbe quindi essere chiara l'irriducibile distinzione fra la violazione di un divieto e un fenomeno di contaminazione: secondo quanto afferma l'art. 191 c.p.p., l'inutilizzabilità opera nel primo caso ed è estranea al secondo.

Pertanto, se si riflette sul vizio, anziché sull'atto, emerge il più vistoso difetto della ricostruzione teorica dell'inutilizzabilità “derivata”: alcune caratteristiche ontologiche insuperabili impediscono di pensare l'inutilizzabilità come vizio diffusivo, sempre che non si accetti di trascurarne i presupposti applicativi e l'intima natura³³. Parte della dottrina, forse troppo intenta a scrutare l'atto, finisce per tralasciare questo fondamentale aspetto.

Al termine di questa indagine teorica, l'inutilizzabilità “derivata” pare allora una debole e malferma riproposizione di un istituto tipico della nullità, capace di contravvenire alla disciplina di entrambe queste invalidità: divieto di analogia e requisiti della propagazione da un lato, presupposti e struttura del vizio dall'altro.

4

L'APPLICAZIONE PRATICA DELL'INUTILIZZABILITÀ “DERIVATA”

Scopriamo ora se l'inutilizzabilità “derivata” si dimostri efficiente in sede di sperimentazione pratica.

Verranno esaminati tre casi archetipici, che permettono di illustrare funzionamento e limiti dell'istituto in esame: a) durante un interrogatorio viziato, l'indagato fornisce il nome di alcune persone informate sui fatti, che vengono puntualmente sentite dalla polizia giudiziaria; b) un'intercettazione ambientale inutilizzabile conduce alla scoperta dei numeri di alcune utenze telefoniche, poi sottoposte a captazione; c) durante una perquisizione illegittima, vengono rinvenute prove reali, immediatamente sequestrate. I primi due esempi rappresentano attività d'indagine, l'una liberamente esperibile dal pubblico ministero, l'altra vincolata alla previa emissione di un provvedimento motivato; il terzo è la fattispecie in cui tradizionalmente il dibattito sull'inutilizzabilità “derivata” assume concretezza.

fisiologica non pare fondamentalmente diverso da quello della inutilizzabilità patologica, salva la differenza di *ratio* delle proibizioni sottostanti. In questo senso, si vedano A. CAPONE, *L'invalidità nel processo penale. Tra teoria e dogmatica*, Padova, 2012, 211; G. PIERRO, voce *Inutilizzabilità degli atti (proc. pen.)*, in *Diz. dir. pubbl.*, vol. IV, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, 3427; A. SCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Torino, 2000, 120-134.

30. Si veda A. SCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., 143-152.

31. Così, A. CAPONE, *L'invalidità nel processo penale*, cit., 88.

32. Si veda M. PANZAVOLTA, voce *Nullità degli atti processuali*, cit., 16.

33. In questo senso, G. DE AMICIS, *Sulla “inutilizzabilità consequenziale”*, in *Cass. pen.*, 1999, 1571; E.M.T. DI PALMA, *Riflessioni sulla sfera di operatività della sanzione di cui all'art. 191 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1994, 3162; N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., 65-67 e 83; F. RUGGIERI, *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Milano, 2001, 138.

Nel caso a), aderendo all'ottica del contagio, saremmo istintivamente portati a pensare che le dichiarazioni rese dalle persone informate sui fatti siano inutilizzabili per derivazione.

Eppure la più parte dei sostenitori dell'inutilizzabilità derivata nega questa possibilità. L'assunzione di informazioni viene classificata fra gli «atti probatori a compimento libero», per il cui esperimento «la legge non richiede un presupposto necessario o una motivazione»³⁴; dato che nessuna disposizione prevede per l'audizione dei possibili testimoni una giustificazione fondata su elementi di prova precedentemente raccolti³⁵, l'interrogatorio avrebbe soltanto «occasionato» questa attività investigativa, senza esserne la «condizione giuridica»³⁶.

In sostanza, la prova inutilizzabile è stata determinante «solo in via di fatto»³⁷ per la scoperta di quelle successive e, mancando un legame legislativamente espresso, il vizio non si trasmetterebbe.

Tutt'altra soluzione per l'ipotesi *sub b*). L'intercettazione ambientale viziata, nel corso della quale emerge il numero di un'utenza telefonica, rende inutilizzabili i risultati delle successive captazioni.

Diversamente dal caso a), infatti, l'intercettazione rientra nel novero degli «atti probatori a compimento vincolato», per i quali la legge richiede una motivazione basata su prove. Pertanto, si afferma, quando la motivazione del decreto che autorizza l'intercettazione fa riferimento alla prova viziata, fra questa e i risultati della captazione si instaura un rapporto di «dipendenza»³⁸ – questa volta giuridica³⁹ – tale da innescare la propagazione del vizio.

Tuttavia, a ben considerare, è davvero ipotizzabile che l'inutilizzabilità sfrutti il provvedimento autorizzativo della captazione, quale tramite per propagarsi?

Alcuni Autori, invero, ritengono che l'inutilizzabilità – oltre a trasmettersi fra le prove – possa propagarsi anche ai provvedimenti decisori, che tengano conto di prove viziate⁴⁰: in questa prospettiva, allora, risulterebbero contaminati tanto i risultati delle intercettazioni, quanto il decreto autorizzativo (considerando tale atto come espressione di una decisione⁴¹).

Procedendo con ordine, sembra di poter anzitutto escludere una trasmissione dell'inutilizzabilità fra la prova e il decreto⁴²: in primo luogo, i due atti hanno natura differente⁴³ e l'inutilizzabilità è vizio esclusivamente probatorio⁴⁴, che certamente non si addice alle decisioni. In secondo luogo, il vizio che colpisce il provvedimento non è cagionato da un'ipotetica forma di contagio, ma da un «effetto diretto dell'inutilizzabilità»⁴⁵:

34. Così, C. CONTI, *Accertamento del fatto*, cit., 257.

35. In questo senso, M. NOBILI, *Divieti probatori*, cit., 644.

36. M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., 159-160.

37. Così, testualmente, G. ILLUMINATI, *L'inutilizzabilità della prova*, cit., 534.

38. Si veda ancora C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., 258-259. Nello stesso senso, R. CASIRAGHI, *Prove vietate*, cit., 1786; L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, Milano, 1997, 229; A. FURGIELE, *La prova nel processo penale. Formazione, valutazione e mezzi di ricerca della prova*, Torino, 2007, 98; M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., 311-312.

39. *Contra*, M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata*, cit., 290-292, secondo cui «il nesso fra le prove e la motivazione dei decreti che dispongono mezzi di ricerca della prova è soltanto un nesso logico»; tuttavia, «escludere una relazione giuridica non significa [...] negare una qualsiasi forma di interferenza fra atti». Per questa ragione, l'Autore ammette comunque una «possibilità di contagio», ma sola a seguito di «una valutazione caso per caso, fondata sulle circostanze concrete, che diagnostichi una decisiva influenza di un elemento probatorio invalido sull'atto che lo richiama».

40. In questo senso, R. CASIRAGHI, *Prove vietate*, cit., 1793-1796; M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., 160; M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata*, cit., 228-231 e 248-250.

41. Secondo M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata*, cit., 213-214, nell'eventuale ipotesi di derivazione fra la prova invalida e il giudizio, vengono in rilievo «tutti i provvedimenti con cui il giudice decida sopra una questione (processuale o di merito) nel procedimento».

42. In questo senso, P. FERRUA, *Studi sul processo penale*, vol. III, *Declino del contraddittorio e garantismo reattivo*, Torino, 1997, 94; N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., 66; A. SCILLA, voce *Inutilizzabilità* (dir. proc. pen.), in *Enc. dir., Annali*, vol. II, t. 1, Milano, 2008, 494.

43. In questo senso, C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., 255. *Contra*, M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata*, cit., 216-217, secondo cui la diversa natura degli atti non è ragione sufficiente per escludere il contagio.

44. Si vedano, ad esempio, G.L. FANULI, *Inutilizzabilità e nullità della prova. Nel giudizio abbreviato, nel "patteggiamento" e nell'istituto della acquisizione degli atti su accordo delle parti*, Milano, 2004, 7; N. GALANTINI, voce *Inutilizzabilità* (dir. pen. proc.), in *Enc. dir., agg. I*, 1997, 690.

45. Così si esprime F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 92.

la motivazione del decreto è «priva di stabilità»⁴⁶, in quanto la prova doveva essere ignorata e non poteva giustificare l'autorizzazione.

Ciò detto, è ancora necessario capire quale sia il vizio del provvedimento; come è noto, anche questo punto soffre di insanabili contrasti.

Secondo alcuni, l'anomalia che affligge l'atto consiste nel mero uso della prova inutilizzabile; la motivazione sarebbe soltanto uno «specchio»⁴⁷, che riflette l'impiego dell'elemento probatorio invalido⁴⁸. Altri, invece, ritengono che l'autorità giudiziaria, tenendo conto della prova vietata, decida «in modo scorretto»⁴⁹, determinando un difetto di motivazione⁵⁰. In breve, da un lato, si sostiene che il provvedimento si limiti a portare su di sé i segni dell'illegittimo uso della prova; dall'altro, che la motivazione presenti un «vuoto»⁵¹ argomentativo, perché uno dei suoi tasselli fondamentali non poteva farne parte. I primi vedono una motivazione completa, ma costruita con materiali di pessima qualità; gli altri, una motivazione carente, priva di un pilastro portante.

Ai nostri fini, potrebbe essere sufficiente recepire una visione pragmatica della questione: in fin dei conti, l'importante è appurare se il provvedimento «sia ben motivato, nonostante l'estirpazione del dato probatorio illegittimo»⁵²; se questa «prova di resistenza»⁵³ fallisce, l'atto – costruito con componenti scadenti oppure sprovvisto di fondamenta – è in ogni caso destinato a crollare⁵⁴.

Si può quindi affermare che il decreto autorizzativo della captazione non è contaminato dalla prova inutilizzabile, però presenta una motivazione inidonea a giustificare l'emissione.

Ora che si conosce l'effetto della prova viziata sul decreto, è possibile rispondere all'interrogativo iniziale: l'inutilizzabilità si trasmette davvero per mezzo di tale provvedimento? Un esame della disciplina delle intercettazioni sembrerebbe escluderlo.

L'art. 271 c.p.p., infatti, impone a pena di inutilizzabilità il rispetto delle regole *ex art. 267 c.p.p.*, fra cui figura appunto un'autorizzazione del giudice concessa con decreto «motivato». Se questo provvedimento si basa essenzialmente su prove viziate, l'onere motivazionale resta insoddisfatto; l'atto non può ragionevolmente dirsi «motivato» e i risultati della captazione sono inutilizzabili per violazione dell'art. 267 c.p.p.⁵⁵.

Nel caso in esame, vi è quindi inutilizzabilità, per il semplice fatto che il legislatore ha così sanzionato l'inosservanza dell'art. 267 c.p.p.

A questo punto, però, è inevitabile domandarsi cosa accadrebbe se non esistesse l'art. 271 c.p.p. Nell'attuale assetto codicistico, sembra che si manifestino contemporaneamente due vizi distinti⁵⁶: da un lato, la nullità del decreto *ex art. 125, comma 3, c.p.p.*, il quale prescrive per il giudice l'onere di motivare i propri provvedimenti (si è appena visto che tale obbligo non può essere soddisfatto attraverso l'uso di prove inutilizzabili); dall'altra, l'inutilizzabilità dei risultati della captazione. Quest'ultima sanzione – in

46. Testualmente, C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., 255.

47. Così, M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, 2009, 182-183.

48. Non vi sarebbe alcun difetto di motivazione; la violazione del divieto probatorio integrerebbe un *vitium in procedendo*, testimoniato dal provvedimento stesso. Si vedano M. DANIELE, *Regole di esclusione*, cit., 182-183; E.M.T. DI PALMA, *Inutilizzabilità delle dichiarazioni indizianti*, cit., 181. Secondo N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., 67, la motivazione sarebbe in realtà affetta da un vizio «innominato».

49. Così si esprime ancora M. DANIELE, *Regole di esclusione*, cit., 182.

50. Si realizzerebbe quindi un *error in iudicando*. In questo senso, F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 1145 e 1197; si veda anche P. FERRUA, *Declino del contraddittorio e garantismo reattivo*, cit., 94.

51. Testualmente, P. FERRUA, *Declino del contraddittorio e garantismo reattivo*, cit., 94.

52. Testualmente, A. SCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., 201.

53. Sul tema si veda, ad esempio, M. DANIELE, *Regole di esclusione*, cit., 184-188; G. ILLUMINATI, *L'inutilizzabilità della prova*, cit., 534; M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata*, cit., 243 e 250.

54. In questo senso, M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata*, cit., 214, secondo cui una decisione fondata su «prove scorrette» è in ogni caso una decisione «inadeguata»; infatti, «nessuna giustificazione valida può fondarsi su elementi invalidi» (291).

55. In questo senso, L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, cit., 204; O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano, 2004, 41; M. NOBILI, *Divieti probatori*, cit., 645.

56. Si vedano C. DI MARTINO – T. PROCACCIANTI, *Le intercettazioni telefoniche*, Padova, 2001, 222; L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, cit., 204; M. NOBILI, *Divieti probatori*, cit., 645.

quanto specificamente predisposta per le intercettazioni – sarebbe però destinata a prevalere.

Si può allora supporre che, se non esistesse l'art. 271 c.p.p., tornerebbe a essere applicabile l'art. 125, comma 3, c.p.p.⁵⁷; in questa immaginaria situazione, se una prova inutilizzabile fosse la base giustificativa dell'autorizzazione – e, «amputata della prova illegittima»⁵⁸, la motivazione “cadesse”⁵⁹ – l'unica conseguenza sarebbe la nullità del decreto⁶⁰.

In conclusione, la disciplina delle intercettazioni è una peculiare fattispecie, in cui l'ordinamento reagisce all'imperfezione della motivazione con l'inutilizzabilità delle prove successivamente formate⁶¹. In caso contrario, non vi sarebbe inutilizzabilità (tantomeno in forma derivata), perché la prova inutilizzabile si limita a compromettere la tenuta della motivazione, esaurendo così i suoi effetti.

6

(SEGUE) IL RAPPORTO FRA PERQUISIZIONE E SEQUESTRO

Il caso *sub c)* concerne un'altra attività – la perquisizione – il cui esperimento esige l'emissione di un decreto motivato (art. 247, comma 2, c.p.p.).

Si pensi, ad esempio, a una perquisizione compiuta in difetto dei presupposti di merito – non vi era «fondato motivo» di disporla – oppure a quella d'iniziativa della polizia giudiziaria non convalidata. In questi casi, l'atto investigativo è illegittimo e bisogna interrogarsi sulla sorte delle prove eventualmente sottoposte a sequestro.

Il quesito richiede di affrontare la delicata questione del rapporto fra perquisizione e sequestro, considerata un vero classico dell'inutilizzabilità derivata⁶². Sul tema si è scritto moltissimo, ben prima del 1988, e non è nostra intenzione ripercorre tutta la vicenda, né pretendere di raggiungere certezze. Tuttavia, sembra che l'inutilizzabilità derivata non sia lo strumento adatto per sancire l'inefficacia probatoria delle cose sequestrate a seguito di perquisizione illegittima.

Si afferma comunemente che l'inutilizzabilità colpisca sia i mezzi di prova, sia i mezzi di ricerca della prova⁶³. Tuttavia, non si può non rilevare che la perquisizione è pura ricerca: il suo obiettivo è soltanto il rinvenimento del corpo del reato e delle cose

57. Si ritiene che l'art. 125, comma 3, c.p.p., oltre che nel caso limite di inesistenza grafica della motivazione, operi in tutte le situazioni in cui il discorso giustificativo alla base del provvedimento non risponda ai requisiti minimi di completezza, correttezza e logicità (in questo senso, L. CASTELLUCCI, *L'atto processuale penale: profili strutturali e modalità realizzative*, in *Trattato di Procedura penale*, cit., vol. I, *Soggetti e Atti*, t. II, *Gli atti*, cit., p. 39. *Contra*, A. SCELLA, voce *Inutilizzabilità*, cit., p. 495).

Tale disposizione si preoccupa innanzitutto di sanzionare a pena di nullità l'obbligo di motivare, che grava in capo al giudice; pertanto, posto che – come si è detto – l'onere motivazionale non può essere soddisfatto attraverso l'uso di prove inutilizzabili, è possibile ritenere che l'art. 125, comma 3, c.p.p. operi anche in siffatta ipotesi.

58. L'espressione è di N. GALANTINI, voce *Inutilizzabilità*, cit., 707.

59. In questi termini, C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., 259.

60. A sostegno dell'opinione qui proposta, si può anche effettuare un confronto con la disciplina del decreto che dispone la perquisizione (art. 247, comma 2, c.p.p.): se quest'ultimo provvedimento presenta una base giustificativa viziata – anche fondata su prove inutilizzabili – dottrina e giurisprudenza hanno ritenuto applicabile l'art. 125, comma 3, c.p.p.: si vedano M. BACCARI, *Perquisizioni alla ricerca della notizia di reato: il problema della validità del conseguente sequestro*, in *Cass. pen.*, 1996, 896; M. D'ONOFRIO, *La perquisizione nel processo penale*, Padova, 2000, 167; P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., 528; A.P. MAIORE, *Provvedimento di perquisizione e motivazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 67; F. RUGGIERI, *Divieti probatori*, cit., 141; A. ZAPPULLA, *Le indagini per la formazione della notizia criminis: il caso della perquisizione seguita da sequestro*, in *Cass. pen.*, 1996, 1884. In giurisprudenza, *Cass.*, sez. VI, 6 aprile 1993, Caputi, in *Arch. n. proc. pen.*, 1994, 134; *Cass.*, sez. I, 14 gennaio 1994, Corona, in *Cass. pen.*, 1995, 132; *Cass.*, sez. V, 2 marzo 1995, Kugelmeier, *ivi*, 1996, 892; *Cass.*, sez. III, 18 giugno 1997, Sirica, *ivi*, 1998, 2081. *Contra*, E. AMODIO, *Commento all'art. 125 c.p.p.*, in *Commentario del nuovo Codice di Procedura penale*, diretto da E. Amodio e O. Dominioni, Milano, 1989, 76, secondo cui la disciplina dell'art. 125 c.p.p. sarebbe estranea all'«area dei provvedimenti del pubblico ministero a cui il legislatore ha dato una regolamentazione del tutto autonoma in linea con la inequivoca qualità di parte attribuita all'organo dell'accusa».

61. Le considerazioni qui svolte valgono anche per altre attività di acquisizione probatoria, il cui compimento esige una motivazione formale. Possiamo ricordare la disciplina della perizia coattiva, in cui il legislatore ha sancito una nullità speciale dell'ordinanza immotivata (art. 224 *bis*, comma 2, c.p.p.), oppure il «prelievo coattivo di campioni biologici su persone viventi», in cui un eccesso di zelo ha prodotto addirittura una doppia sanzione: nullità del provvedimento e inutilizzabilità dei risultati (art. 359 *bis*, comma 3, c.p.p.). Su questi istituti, si veda P. TONINI – C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., 308-321.

62. Per una ricognizione complessiva del tema, si vedano M. D'ONOFRIO, *La perquisizione nel processo penale*, Padova, 2000, 174-193; P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., 527-573.

63. Si vedano, ad esempio, N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., 7; G. PIERRO, *Una nuova specie d'invalidità*, cit., 140-142.

pertinenti al reato, mentre la fase successiva di apprensione delle cose reperite è regolata attraverso il sequestro, che, pur rientrando fra i mezzi di ricerca della prova, è più correttamente un «mezzo di assicurazione della prova»⁶⁴.

La perquisizione è quindi un'attività di sola ricerca e il sequestro è invece pura acquisizione. Posto che l'inutilizzabilità è un vizio che colpisce esclusivamente le prove, non si capisce come possa avere a oggetto un'attività di ricerca; inciderà semmai sui risultati della stessa e cioè sulle cose sequestrate.

Pertanto, non essendo la perquisizione una prova, difficilmente potremmo qualificarla inutilizzabile⁶⁵ e la questione è risolta a monte: se la perquisizione non può essere viziata d'inutilizzabilità, nemmeno può trasmetterla al sequestro.

È stata poi ipotizzata una trasmissione della nullità, anziché dell'inutilizzabilità⁶⁶; in effetti, a livello teorico, tale soluzione è certamente più corretta della precedente, in quanto la nullità è l'unico vizio della prova in cui può tradursi anche l'illegittimità della perquisizione⁶⁷. D'altronde, pur non trattandosi di «inutilizzabilità» ex art. 191 c.p.p., insanabile e rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento, anche le prove nulle non sono utilizzabili: la nullità, infatti, comporta un'esclusione della prova⁶⁸, il cui perdurare dipende però da eventuali sanatorie e limiti di deducibilità.

Il punto dolente resta, come sempre, la ricerca di un rapporto di «dipendenza», così come vuole l'art. 185 c.p.p.: parte della dottrina pensa che i due mezzi di ricerca della prova siano giuridicamente connessi per mezzo dell'art. 252 c.p.p. («Le cose rinvenute a seguito della perquisizione sono sottoposte a sequestro con l'osservanza delle prescrizioni degli artt. 259 e 260»)⁶⁹. Questa interpretazione è stata peraltro avallata da una nota sentenza delle Sezioni Unite⁷⁰ che, pur giungendo a conclusioni contraddittorie⁷¹, ha comunque riconosciuto l'esistenza di un rapporto funzionale fra perquisizione e sequestro, manifestato proprio dall'art. 252 c.p.p.

La riflessione in merito a quest'ultima disposizione verrà ripresa più avanti; per ora è sufficiente ribadire che, qualsiasi soluzione venga accolta, non può essere l'inutilizzabilità a propagarsi fra questi due mezzi di ricerca della prova.

Nemmeno si potrà poi sostenere che una perquisizione nulla possa contagiare d'inutilizzabilità (ex art. 191 c.p.p.) le cose sequestrate: regola tradizionale e sempre valida vuole che «se l'invalidità si trasmette ad un atto susseguente, si trasmetterà nella stessa specie sotto cui investe l'atto anteriore»⁷²; un'illegittimità (nullità), durante il tragitto che la conduce da un atto all'altro, non può spontaneamente trasformarsi in un'altra illegittimità (inutilizzabilità).

64. Testualmente, M. SCAPARONE, *Procedura penale*, 2ª ed., vol. I, Torino, 2011, 373.

65. In questo senso, Cass., sez. V, 13 febbraio 2004, M., in *Giur. it.*, 2005, 89. In dottrina, A. SCILLA, *L'inutilizzabilità della prova*, cit., 212-213. *Contra*, E. BASSO, *Commento all'art. 252*, cit., 730; C. TAORMINA, *Il regime della prova nel processo penale*, Torino, 2007, 260.

66. In questo senso, Cass., sez. I, 20 gennaio 1993, Mattiuzzi, in *Arch. n. proc. pen.*, 1993, 649; Cass., sez. III, 28 febbraio 1994, Santi, in *C.E.D. Cass.*, 197316; Cass., sez. VI, 12 maggio 1994, Perri, *ivi*, 200053. *Contra*, Cass., sez. II, 30 gennaio 2006, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1513; Cass., sez. III, 8 marzo 1995, Ceroni, in *Cass. pen.*, 1996, 1876. In dottrina, R. MENDOZA, *Perquisizione illegittima e suoi riflessi sul sequestro operato d'iniziativa dalla polizia giudiziaria*, in *Cass. pen.*, 1996, 1941-1942; F. RUGGIERI, *Divieti probatori*, cit., 140-141. *Contra*, N. ROMBI, *Illegittimità della perquisizione ed effetti sul sequestro*, in *Cass. pen.*, 2005, 2334. Si veda anche C. CONTI, voce *Inutilizzabilità*, cit., 13.

67. Per una ricognizione delle ipotesi di nullità della perquisizione, si veda P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., 526-540.

68. Cfr. M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, 2ª ed., Torino, 2006, 328; M. DANIELE, *Regole di esclusione*, cit., 5-7; F. FALATO, *A proposito di inutilizzabilità derivata e perquisizioni*, in *Cass. pen.*, 1997, 2181; A. FURGIELE, *La prova nel processo penale*, cit., 96; M. NOBILI, *Divieti probatori*, cit., 650-651.

69. In questo senso, L.P. COMOGLIO, *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata*, cit., 1159; C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., 258; F.M. MOLINARI, *Invalidità del decreto di perquisizione, illegittimità del sequestro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1140; M. MONTAGNA, *Il "male captum bene retentum"*, cit., 1125; EAD., *La ricerca della prova nelle investigazioni di polizia giudiziaria e nelle indagini preliminari (ispezioni, perquisizioni e sequestro)*, in *La prova penale*, diretto da A. Gaito, vol. II, *Le dinamiche probatorie e gli strumenti per l'accertamento giudiziale*, Torino, 2008, 106; P. MOSCARINI, *Il regime sanzionatorio delle perquisizioni illecitamente compiute per iniziativa della polizia giudiziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 1253; N. TRIGGIANI, *Sull'utilizzabilità a fini investigativi dei risultati di una intercettazione telefonica illegittima*, in *Cass. pen.*, 2005, 3952; A. ZAPPULLA, *Le indagini per la formazione della notizia criminis*, cit., 1889.

70. Cass., sez. un., 27 marzo 1996, Sala, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 1125; nello stesso senso, sebbene con conclusioni opposte, che conducono all'inutilizzabilità delle cose sequestrate, Cass., sez. V, 13 marzo 1992, Casini, in *Cass. pen.*, 1994, 116; Cass., sez. V, 22 settembre 1995, Caravero, *ivi*, 1996, 1545. *Contra*, Cass., sez. V, 27 novembre 1995, Melillo, *ivi*, 1996, 1934.

71. Si veda M. VESSICHELLI, Nota a Cass., sez. un., 27 marzo 1996, Sala, in *Cass. pen.*, 1996, 3275.

72. Testualmente, G. CONSO, *Il concetto e le specie d'invalidità*, cit., 80.

Terminata l'illustrazione dei tre casi, è possibile trarne un bilancio sull'efficienza dell'inutilizzabilità derivata.

Tale istituto, pur volessimo (fra molte difficoltà) sostenerne l'esistenza, si rivelerebbe comunque quasi del tutto improduttivo: infatti, il requisito della "dipendenza giuridica" riduce consistentemente l'eventualità del contagio e buona parte dell'attività investigativa – ossia tutti gli atti d'indagine, il cui compimento non richiede una motivazione formalmente espressa (fattispecie a) – resta priva di tutela.

Certo non manca chi propone di estendere l'ambito della propagazione, anche oltre le attività istruttorie motivate: agendo caso per caso, basterebbe verificare nel concreto⁷³ l'esistenza di un nesso di causalità fra le prove coinvolte, anche indipendentemente dall'accertamento di un legame dettato dalla legge⁷⁴.

A nostro avviso, non vi è alcun dubbio che una prova, la cui scoperta è stata propiziata in maniera determinante da prove precedenti, sia da esse "dipendente"⁷⁵, anche al di là di qualsiasi correlazione normativa: se quelle precedenti non fossero state acquisite, nemmeno quella successiva lo sarebbe stata⁷⁶. Tuttavia, è necessario attenersi alle regole dell'invalidità derivata e, all'interno di tale disciplina, la nozione di atto «dipendente» – anche ammesso di poterla estendere alle prove – conserva un'identità ben definita.

A tal proposito, la Relazione al Progetto preliminare fornisce una fondamentale chiave interpretativa: riferendosi a un rapporto di dipendenza al contempo «causale e necessaria, logica e giuridica»⁷⁷, il legislatore ha circoscritto un'eventuale propagazione del vizio a fattispecie estremamente qualificate. Il legame fra le prove coinvolte non può quindi essere meramente fattuale, ma deve «emergere a livello normativo»⁷⁸, come ad esempio quello fra le registrazioni delle intercettazioni e la successiva perizia trascrittiva (art. 268, comma 7, c.p.p.)⁷⁹.

Pertanto, un'attribuzione di rilevanza a ogni rapporto di causa fra le prove, anche solo fattuale, svuoterebbe di contenuto precettivo i precisi confini tracciati per l'invalidità derivata, che non possono essere ignorati, allorché si voglia fondare la propagazione dell'inutilizzabilità sulle regole di questo istituto. Ed è così che, imprigionata all'interno di canoni angusti, l'inutilizzabilità "derivata" è risultata un ibrido di applicazione poco più che teorica; un fenomeno caratterizzato da rara operatività, inadatto al raggiungimento dello scopo per cui è stato faticosamente ideato, ossia «garantire l'effetto deterrente dell'inutilizzabilità»⁸⁰.

In conclusione, dopo aver dimostrato la sua fragilità teorica, il tentativo di creare in materia d'inutilizzabilità un fenomeno equivalente alla nullità derivata appare complesso anche a livello pratico e, per di più, infruttuoso per quanto riguarda le principali attività probatorie investigative.

Si è detto all'inizio di questo lavoro che la questione dell'inutilizzabilità «derivata» è generalmente riassumibile in due filoni contrapposti: alcuni credono che fra le prove sussista un rapporto di dipendenza equivalente a quello ex art. 185, comma 1, c.p.p. e che l'inutilizzabilità di una prova possa propagarsi a quelle successive; gli altri, all'opposto,

73. Sulla distinzione fra «valutazione in astratto» e «valutazione in concreto» del nesso di dipendenza, si veda M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata*, cit., 114-115.

74. In questo senso, F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 93; M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata*, cit., 180-189 e 288, secondo cui l'art. 185 c.p.p. includerebbe non solo fenomeni di dipendenza «normativa», ma anche «logica», che riguarderebbe «l'influenza concreta che, sul piano dell'origine storica o del contenuto, un atto abbia esercitato su un atto successivo»; N. TRIGGIANI, *Sull'utilizzabilità a fini investigativi*, cit., 3953.

75. Si veda F.M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, cit., 253.

76. Si veda F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 93.

77. Si veda G. CONSO – V. GREVI – G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di Procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. IV, *Il progetto preliminare del 1988*, Padova, 1990, 558.

78. Così si esprime C. CONTI, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità*, cit., 796.

79. In questo senso, L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, cit., 218.

80. O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato*, cit., 41.

ravvisano solo legami fattuali o psicologici e ritengono che le prove successivamente scoperte siano *tout court* utilizzabili.

La giurisprudenza maggioritaria della Cassazione ha colto appieno l'opportunità che questa rigida dicotomia le offre: nell'intenzione di preservare il più possibile l'integrità del compendio probatorio⁸¹, è bastato ai giudici di legittimità sostenere – peraltro correttamente – che l'art. 185 c.p.p. non è analogicamente applicabile in materia di inutilizzabilità. In questo modo, la Corte ha avuto buon gioco nell'affermare che le prove inutilizzabili non trasmettono il vizio a quelle successivamente acquisite⁸².

Bisogna tuttavia rilevare che parte della dottrina – probabilmente per sfuggire a questa categorica alternativa – ha tentato di percorrere una suggestiva terza via: l'inutilizzabilità avrebbe una naturale tendenza a proiettarsi «in avanti»⁸³, rendendo così superflua la creazione di un istituto analogo alla nullità derivata, di cui dover ereditare anche le regole e i restrittivi presupposti. All'interno del vastissimo panorama dottrinale su questi temi – in cui a volte le varie ipotesi paiono sovrapporsi e confondersi fra loro⁸⁴ – si possono distinguere almeno due correnti interpretative, che poggiano su tale convinzione.

Secondo un primo orientamento, l'inutilizzabilità non avrebbe senso, se non venisse correlata agli atti successivi; sarebbe quindi «implicito per definizione che il difetto si propaghi», risolvendosi – in ultima analisi – nel «divieto insanabile» di porre la prova viziata «come presupposto a qualunque fine e per qualunque effetto, degli atti che ne possono derivare»⁸⁵.

Sembra dunque di scorgere un fenomeno di propagazione, asseritamente riferibile all'art. 191 c.p.p.⁸⁶ e innescato dalla violazione di un «doppio divieto»⁸⁷: prima il divieto di acquisire la prova, poi quello di usarla, se acquisita nonostante la prima proibizione.

Questa teoria è sicuramente affascinante, perché il contagio – svincolato dai lacci dell'invalidità derivata – può estendersi anche fra gli atti istruttori non motivati⁸⁸; tuttavia, seppur apparentemente persuasiva, l'idea del «doppio divieto» si presta ad alcune osservazioni critiche, che ne ostacolano l'accoglimento.

In primo luogo, il nostro codice pare aver costruito l'inutilizzabilità quale vizio che agisce sull'elemento probatorio, non come divieto di farne uso: l'art. 191, comma 2, c.p.p., trattando di «inutilizzabilità» «rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento» sembra riferirsi a una caratteristica intrinseca della prova, una qualità negativa, che – a norma del precedente comma 1 – si manifesta quando viene

81. Si veda C. CONTI, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità*, cit., 796.

82. Così, *ex multis*, Cass., sez. II, 24 gennaio 1996, Agostino, in *Arch. n. proc. pen.*, 1997, 85. Nello stesso senso, Cass., sez. I, 26 maggio 1994, Scaduto, in *Cass. pen.*, 1995, 2627; Cass., sez. I, 22 dicembre 1997, Nikolic, *ivi*, 1999, 1596; Cass., sez. II, 4 novembre 1997, Lugano, in *Giust. pen.*, III, 1998, 660; Cass., sez. II, 9 dicembre 1997, Meriani, in *Arch. n. proc. pen.*, 1998, 471; Cass., sez. III, 10 febbraio 2004, n. 183, Mache e altri, in *Cass. pen.*, 2005, 3945; da ultimo, Cass., sez. III, 19 settembre 2012, n. 1258, in *Dir. pen. cont.*, 11 febbraio 2013, con nota di F. ZACCHÉ, *Operazione antidroga condotta dalla polizia municipale: riflessioni in punto di utilizzabilità della prova*.

Per una ricognizione della giurisprudenza sul tema, si vedano N. GALANTINI, *Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*, cit., 82-84; G. ILLUMINATI, *L'inutilizzabilità della prova*, cit., 535; D. POTETTI, *Inutilizzabilità e altri vizi degli atti a proposito del nuovo giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 2002, 660.

83. Così, testualmente, M. NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, cit., 651; nello stesso senso, R. CASIRAGHI, *Prove vietate*, cit., 1786; F.M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, cit., 253.

84. Si veda, ad esempio, F.M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, cit., 253: questo Autore afferma che l'inutilizzabilità si sostanzia in un divieto di utilizzare le prove viziate per reperirne altre; tuttavia, al termine di un ragionamento, che parrebbe escludere il ricorso all'applicazione dell'art. 185 c.p.p., viene nuovamente richiamato il «criterio tipico della nullità derivata». G. PIERRO, *Una nuova specie d'invalidità*, cit., 171, ritiene che l'art. 185, comma 1, c.p.p. non sia applicabile ai rapporti fra le prove; tuttavia, riproponendone poi il meccanismo, si afferma che nell'ambito dell'inutilizzabilità, tesa a «vanificare l'uso processuale di ogni contributo contrastante con i valori fondamentali», la trasmissione del vizio è «inevitabile ogniqualvolta l'atto probatorio lesivo sia il presupposto logicamente necessario, e non cronologicamente occasionale, della realizzazione dell'assunzione probatoria consecutiva».

85. Così, testualmente, F.M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, cit., 253; nello stesso senso, G.L. VERRINA, *Approccio riduttivo della Corte di Cassazione alla categoria dell'inutilizzabilità derivata*, in *Giur. it.*, 1998, 559.

86. Si veda R. CASIRAGHI, *Prove vietate*, cit., 1789: l'Autrice, in omaggio al principio di tassatività, nega l'applicabilità dell'art. 185, comma 1, c.p.p. nell'ambito dell'inutilizzabilità; tuttavia, ritiene sufficiente, ai fini della propagazione del vizio, il solo riferimento all'art. 191 c.p.p. e al divieto d'uso in cui l'inutilizzabilità si sostanzierebbe.

87. Così, F.M. MOLINARI, *Invalidità del decreto di perquisizione*, cit., 1140; E.M.T. DI PALMA, *Riflessioni sulla sfera di operatività*, cit., 3163.

88. Si veda ancora F.M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, cit., 253.

trasgredito un divieto di acquisizione; questa invalidità, quindi, sorge ed è rilevabile a prescindere da un effettivo impiego della prova⁸⁹.

Inutilizzabilità e impossibilità d'uso sono infatti nozioni distinte e autonome, benché legate da un rapporto di causa-effetto: la prova non può essere usata (effetto), perché il vizio che l'affligge ne neutralizza l'efficacia dimostrativa (causa)⁹⁰.

La teoria del «doppio divieto», affermando che l'inutilizzabilità si sostanzia in un divieto di usare la prova, tende invece a sovrapporre questi due concetti e la relazione causale sopra espressa si riduce a una tautologia: la prova non può essere usata (effetto), perché la legge vieta di usarla (causa). In altre parole, l'impossibilità di utilizzare una prova non è causata dal divieto di usarla, ma dall'effetto del vizio da cui è colpita, teso a privarla del valore conoscitivo.

In secondo luogo, la teoria in questione è costretta comunque a ricorrere a un fenomeno di propagazione, seppur autonomo rispetto alle regole dell'invalidità derivata. È intuibile, infatti, che il legislatore, non avendo concepito l'inutilizzabilità come divieto, non ha nemmeno disciplinato le conseguenze della sua violazione; per questa ragione, la trasgressione del «divieto d'uso»⁹¹ può comportare effettive conseguenze soltanto se abbinata a un fenomeno di trasmissione dell'invalidità.

A questo punto, però, è lecito domandarsi quale sia l'effettiva funzione di questo secondo divieto, se poi – in fin dei conti – è sempre a una forma di contagio, che occorre fare appello: probabilmente nessuna, posto che l'inutilizzabilità continua a propagarsi, esattamente come nell'ipotesi “tradizionale”.

Per di più, non si comprende come l'inutilizzabilità, in forma di proibizione, possa trasmettersi agli atti successivi: è risaputo che alcuni vizi sono in grado di propagarsi (art. 185, comma 1, c.p.p.), ma questa capacità non pare altrettanto facilmente riconoscibile nei divieti.

Infine, si è già tentato di dimostrare che la natura dell'inutilizzabilità e i suoi presupposti mal si adattano a fenomeni di contaminazione; la teoria in questione, invece, vorrebbe far risalire l'intrinseca capacità diffusiva dell'inutilizzabilità proprio dall'art. 191 c.p.p.

Il secondo orientamento – come il precedente – ripudia il ricorso all'invalidità derivata, senza rinunciare al contagio fra le prove⁹². Cambia però la circostanza che innesci la propagazione: mentre prima si trattava dell'inosservanza di un divieto d'uso, qui viene utilizzato «il criterio del perpetuarsi della violazione»: si sostiene infatti che «l'accertamento circa l'inutilizzabilità della ‘seconda prova’ deve far capo al tipo di divieto violato originariamente nonché al sostanziale permanere dell'illegittimità pur a fronte di una prova posteriormente acquisita secondo il modello legale»⁹³. In genere, comunque, solo la prova inammissibile (e non quella male assunta) alimenterebbe «al suo interno il germe dell'inutilizzabilità, la cui capacità di riprodursi [sarebbe] direttamente proporzionale all'ultrattività dell'offesa agli interessi tutelati»⁹⁴.

Insomma, abbandonato il riferimento all'art. 185 c.p.p., la propagazione del vizio viene giustificata, affermando che l'uso della prova inutilizzabile – almeno in alcune circostanze – perpetua l'efficacia di un'attività probatoria illegittima⁹⁵.

89. In questo senso, M. DANIELE, *Regole di esclusione*, cit., 17.

90. Si veda N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., 12: «la sanzione [l'inutilizzabilità] interviene a sancire la svalutazione della prova, decretandone lo scadimento in termini di idoneità a sostenere validamente la funzione di elemento fattivo di supporto nell'attività processuale di ricostruzione del fatto».

91. Usano questa espressione, fra i tanti, R. CASIRAGHI, *Prove vietate*, cit., 1787; C. CONTI, voce *Inutilizzabilità*, cit., 1; F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 92.

92. Per una spiegazione esaustiva di questa teoria, si veda N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova*, cit., 83-95: l'autrice separa nettamente il problema della trasmissione dell'inutilizzabilità fra gli atti di acquisizione probatoria dalla questione della «invalidità derivata», intendendo quest'ultima come il rapporto che intercorre fra la prova viziata e il provvedimento, la cui motivazione su di essa si fonda.

93. Così si esprime N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., 89.

94. Ancora N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., 91. Nello stesso senso, G. DE AMICIS, *Sulla “inutilizzabilità consequenziale”*, cit., 1572; E.M.T. DI PALMA, *Inutilizzabilità delle dichiarazioni indizianti*, cit., 182.

95. In questo senso, P. BALDUCCI, *Le garanzie nelle intercettazioni tra Costituzione e legge ordinaria*, Milano, 2002, 200; N. TRIGGIANI, *Sull'utilizzabilità*

In linea di principio, quest'ultima affermazione è senz'altro condivisibile: quando una prova acquisita in violazione di un divieto viene utilizzata per reperirne altre, l'illegittimità già realizzatasi viene portata a conseguenze ulteriori e dunque, in ultima analisi, ulteriormente aggravata⁹⁶. Tuttavia, il problema è sempre il medesimo: come la tesi precedente giustamente rilevava che sancire l'inutilizzabilità di una prova non avrebbe alcun senso, se poi questa fosse liberamente utilizzabile per scoprirne altre, anche le buone ragioni sottese all'orientamento in esame non sono sufficienti per giustificare il ricorso a un fenomeno di propagazione dell'inutilizzabilità.

Mentre l'ipotesi classica tenta almeno di adattare all'inutilizzabilità il fenomeno codificato dell'invalidità derivata (art. 185 c.p.p.), tutte e due le ipotesi ora esposte finiscono per disattendere il dato codicistico. In particolare, l'orientamento da ultimo esaminato ammette espressamente la possibilità che l'inutilizzabilità – attraverso questa forma “atipica” di derivazione – possa trasmettersi a prove perfettamente conformi al proprio modello legale.

Si è invece già osservato, che questa invalidità – a norma dell'art. 191 c.p.p. – opera solo a fronte della violazione di divieti probatori, ossia inosservanze di regole processuali, poste a disciplina dell'ammissione o dell'assunzione della prova. Va dunque ribadito ancora una volta che gli atti colpiti dall'inutilizzabilità – chiaro frutto di una trasgressione – non possono essere conformi ad alcun modello.

In conclusione, da una parte, troviamo un'inutilizzabilità “derivata”, frutto dell'aspirazione a reinventare regole scritte per la nullità, con tutti gli ostacoli che questa operazione comporta; dall'altra, vi sono fenomeni di propagazione del vizio, disancorati e discordanti con il dato positivo. Giunti a questo approdo, sembra opportuno rivolgere altrove la ricerca, a strumenti indipendenti dal requisito della “dipendenza giuridica”, ma allo stesso tempo autonomi rispetto a qualsiasi fenomeno di contaminazione.

Il fatto che l'inutilizzabilità «derivata» – in qualsiasi forma venga essa concepita – stenti ad affermarsi non deve assolutamente scoraggiare la ricerca di una soluzione alternativa: la genesi dell'acquisizione di una prova non può non rilevare ai fini della sua utilizzabilità.

Eppure – è noto – l'orientamento opposto ha sempre trovato autorevole supporto: si sosteneva e si sostiene ancora che l'inutilizzabilità incida esclusivamente sul «metabolismo decisorio»⁹⁷ e che l'irrilevanza probatoria si limiti a contrassegnare «le prove di cui il giudice non può tenere conto». Il diritto si disinteresserebbe della «ricerca dei segni del reato» e l'eventuale legame fra una prova inutilizzabile e quelle susseguenti troverebbe spazio solo nella mente degli inquirenti⁹⁸. Secondo questa dottrina, infatti, la totale noncuranza del legislatore verso le modalità di reperimento del materiale probatorio sarebbe testimoniata dall'assenza di disposizioni, che vietino espressamente l'uso investigativo delle prove inutilizzabili⁹⁹.

Effettivamente, nel codice, esplicite proibizioni in tal senso sono assenti; tuttavia, non è affatto detto che esse siano necessarie ed, anzi, a ben vedere, lo strumento per prevenire l'uso investigativo delle prove invalide potrebbe risiedere altrove.

Basta infatti rivolgere lo sguardo all'art. 191 c.p.p. e ricordare cosa accade quando viene trasgredito un divieto di acquisizione¹⁰⁰: la prova è «inutilizzabile».

In altre parole, come si sosteneva già anni addietro – a fronte delle prime ipotesi di

a fini investigativi, cit., 3953.

96. Si veda ancora N. TRIGGIANI, *Sull'utilizzabilità a fini investigativi*, cit., 3953.

97. Così si esprime F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 630.

98. In questo senso, F. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, cit., 141-142.

99. Ancora F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 613 e 630.

100. Cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 613.

inutilizzabilità speciale inserite nella normativa previgente – «tutto sta, in definitiva, nell'accertare quale sia il significato assunto dal verbo 'utilizzare'»¹⁰¹; ed è proprio su questa nozione che conviene concentrare la riflessione.

La scelta di designare il sommo vizio della prova con la parola «inutilizzabilità» è stata duramente criticata, definendola un «misfatto linguistico»¹⁰², una «storpiatura lessicale»¹⁰³; eppure, tale vocabolo – per nulla raffinato, se paragonato ad alternative più eleganti quali «irrilevanza»¹⁰⁴ o «inefficacia»¹⁰⁵ – possiede l'immediatezza del linguaggio comune e rivela istantaneamente l'effetto dell'inutilizzabilità.

Mentre, ad esempio, la qualifica di atto «nullo» non manifesta immediatamente le conseguenze di questa specie d'invalidità, l'aggettivo «inutilizzabile» è privo di qualsiasi cripticità e il suo significato è *in re ipsa*: l'inutilizzabilità «sta ad indicare che un determinato oggetto è escluso da qualsiasi possibilità d'impiego funzionale»¹⁰⁶.

È del tutto comprensibile che l'innesto nel linguaggio codicistico di una parola “volgare” abbia destato perplessità, ma solo in questo modo si può essere certi che la prova affetta da questo vizio non è utile al procedimento, ossia «non serve a nulla»¹⁰⁷.

Del resto, la valenza semantica del vocabolo in questione trova conferma anche nel codice, ove nulla lascia presagire il disinteresse del legislatore verso le vicende che conducono alla scoperta del materiale probatorio¹⁰⁸. Anzi, vari indizi suggeriscono proprio l'opposto volere: l'inutilizzabilità è stata concepita per paralizzare tanto l'uso decisorio, quanto quello investigativo della prova viziata¹⁰⁹.

L'analisi normativa non può che cominciare dall'art. 191 c.p.p.: tale norma si limita a trattare di prove che «non possono essere utilizzate» e di «inutilizzabilità». La Relazione al Progetto preliminare è invece più esplicita: «i risultati della prova non sono *in alcun modo utilizzabili* in ogni stato e grado del procedimento, quale che sia il comportamento della parte interessata»¹¹⁰.

Questa indicazione generale sull'effetto del vizio è poi confermata da diverse altre disposizioni, che si occupano di inutilizzabilità, o contengono divieti probatori.

L'art. 271 c.p.p. presenta una situazione analoga all'art. 191 c.p.p. La norma individua i divieti e spiega l'effetto della loro trasgressione: i risultati delle intercettazioni «non possono essere utilizzati». La Relazione specifica invece la *voluntas legis*: «Per le intercettazioni illegittime è stata mantenuta, nell'art. 271, *l'inutilizzabilità a qualsiasi fine*, accompagnata dalla distruzione della relativa documentazione»¹¹¹.

L'art. 343, comma 4, c.p.p. in materia di autorizzazione a procedere stabilisce che «gli atti compiuti in violazione di quanto stabilito nei commi 2 e 3 non possono essere utilizzati» e la Relazione conferma che «Il comma 4 stabilisce che gli atti compiuti in violazione dei divieti posti dagli artt. 343 e 346 non sono *in alcun modo utilizzabili*»¹¹².

L'art. 240 c.p.p. spiega che «i documenti che contengono dichiarazioni anonime non possono essere acquisiti né *in alcun modo utilizzati*, salvo che costituiscano corpo del reato o provengano comunque dall'imputato»; la stessa chiara specificazione è contenuta nella disciplina della denuncia da parte di privati (art. 333, comma 3, c.p.p.): «Delle denunce

101. Così, testualmente, V. GREVI, *Nemo tenetur se detegere. Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972, 195: l'Autore, analizzando una fattispecie d'inutilizzabilità introdotta nell'art. 304, comma 3, c.p.p. abrogato, proprio dall'analisi di tale termine arrivò a ipotizzare l'inutilizzabilità delle prove il cui reperimento era stato determinato da precedenti prove viziate.

102. Così, F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 629.

103. Testualmente, F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 1196.

104. Questo vocabolo è stato proposto da F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 1196.

105. Così si esprime N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., 67.

106. Testualmente, A. SCELLA, voce *Inutilizzabilità*, cit., 481.

107. Così, F. PALAZZI, voce *Inutile*, *Novissimo dizionario della lingua italiana Palazzi*, Milano, 1939.

108. In questo senso, si vedano F. FALATO, *A proposito di inutilizzabilità derivata*, cit., 2180; M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata*, cit., 259.

109. Si veda N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., 88.

110. Si veda G. CONSO – V. GREVI – G. NEPPI MODONA, *Il progetto preliminare del 1988*, cit., 559.

111. Si veda G. CONSO – V. GREVI – G. NEPPI MODONA, *Il progetto preliminare del 1988*, cit., 683.

112. Si veda G. CONSO – V. GREVI – G. NEPPI MODONA, *Il progetto preliminare del 1988*, cit., 818.

anonime non può essere fatto *alcun uso*, salvo quanto disposto dall'art. 240».

L'art. 729, comma 1 *ter*, c.p.p., regolando l'utilizzabilità degli atti assunti per rogatoria, stabilisce che «Non possono *in ogni caso* essere utilizzate le dichiarazioni, da chiunque rese, aventi ad oggetto il contenuto degli atti inutilizzabili ai sensi dei commi 1 e 1 bis».

Ha poi suscitato grande interesse la novella normativa in materia di segreto di Stato, legge 3 agosto 2007, n. 124, con la quale nell'art. 202, comma 5, c.p.p. è stata inserita l'inutilizzabilità «anche *indiretta*» delle notizie coperte dal segreto; secondo alcuni, tale disposizione avrebbe introdotto nel codice un'ipotesi speciale di inutilizzabilità «derivata»¹¹³. Sembra, invece, che tale formula nulla aggiunga a quanto già stabiliscono, ad esempio, gli artt. 240 o 333 c.p.p.: inutilizzabilità «diretta» significa che la prova non può servire per dimostrare la colpevolezza; «indiretta», che non può essere utilizzata per scoprire nuove prove. Insomma, la dicitura può cambiare – «alcun uso», «in alcun modo utilizzabile», inutilizzabile in via «diretta» e «indiretta» – ma il senso è sempre il medesimo: l'inutilizzabilità impedisce qualsiasi uso della prova viziata.

A chi intendesse obiettare che le disposizioni appena richiamate si limitano a disciplinare il singolo caso, rispondono – oltre alle inequivocabili parole della Relazione riferibili all'art. 191 c.p.p. – quelle disposizioni in cui il legislatore, per far salvo l'uso investigativo, ha ritenuto di doverlo espressamente specificare.

Secondo l'art. 350, comma 6, c.p.p., «Delle notizie e delle indicazioni assunte senza l'assistenza del difensore sul luogo o nell'immediatezza del fatto a norma del comma 5 è vietata *ogni* documentazione e utilizzazione»; questo comma ribadisce l'omnicomprensività dell'inutilizzabilità. Tuttavia il precedente comma 5 stabilisce che quelle notizie e indicazioni sono comunque «*utili* ai fini della immediata prosecuzione delle indagini». Pertanto, una volta sancita l'inutilizzabilità a ogni fine, il legislatore ha fatto salvo un limitato uso investigativo¹¹⁴.

Ancora più esplicito è l'art. 226, comma 5, disp. att., c.p.p. in tema di intercettazioni e controlli preventivi sulle comunicazioni: «In ogni caso gli elementi acquisiti attraverso le attività preventive non possono essere utilizzati nel procedimento penale, *fatti salvi i fini investigativi*». Anche in questo caso per espressa previsione di legge l'uso orientativo della prova viene sottratto all'inutilizzabilità, che, in caso contrario, l'avrebbe travolto.

Pertanto, all'esito di questa esplorazione – anche terminologica – del dato positivo, sembra che l'effetto dell'inutilizzabilità non possa «essere riduttivamente limitato al piano decisorio»; la previsione generale del vizio (art. 191 c.p.p.), le indicazioni fornite in sede di lavori preparatori e le disposizioni normative esaminate «inducono a ritenere validamente sostenibile il ruolo dell'inutilizzabilità in fase preliminare in relazione anche a provvedimenti di natura non decisoria»¹¹⁵.

Nulla manifesta infatti la volontà di attribuire alla parola «inutilizzabilità» un significato diverso da quello immediatamente percepibile, ossia di completa inservibilità del dato conoscitivo viziato; da quali disposizioni o indicazioni legislative emergerebbe l'intenzione opposta?

In sostanza, un esplicito divieto d'uso investigativo non serve: il deterioramento della funzione conoscitiva, cui è sottoposta la prova invalida, è tanto profondo, che essa non è più nemmeno capace di fornire informazioni atte al reperimento di elementi ulteriori; questo è l'effetto – piuttosto esplicito – dell'inutilizzabilità e non abbisogna di strumenti ulteriori per esplicarsi¹¹⁶.

113. In questo senso, R. CASIRAGHI, *Prove vietate*, cit., 1788; C. CONTI, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità*, cit., 796; M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata*, cit., 307-308.

114. Propone questo riferimento N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., 86, la quale tuttavia avverte che l'indicazione contenuta in questa disposizione non è comunque sufficiente per ritenere precluse «soluzioni di segno diverso, adattabili alla varietà dei casi».

115. Così, testualmente, N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., 85.

116. Cfr. N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., 88, secondo cui «che l'inutilizzabilità appartenga come fenomeno alla logica della decisione e sia estranea alla 'ricerca dei segni del reato' appariva ed appare ora a maggior titolo affermazione non aderente alla struttura normativa dell'inutilizzabilità». Si vedano anche F.M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, cit., 253: l'inutilizzabilità «non attiene soltanto al profilo decisorio, ma

La prova inutilizzabile è un involucro vuoto, dal quale niente si può trarre per il semplice fatto che non contiene più nulla. Potrebbe però accadere che questa finzione giuridica – tale è l'invalidità in questione: astratta irrilevanza della prova, ma concreta fruibilità dei suoi contenuti – sia disattesa e che la prova non venga ignorata.

Escluso il ricorso alla derivazione, in che modo le prove mal reperite possono anch'esse divenire viziate?

Sappiamo che l'inutilizzabilità opera a fronte della violazione di un divieto probatorio (art. 191, comma 1, c.p.p.); dunque, è tale elemento che bisogna ricercare. Effettivamente, in una successione cronologica di due prove, di cui la prima, invalida, ha svolto un ruolo determinante nella scoperta della successiva, si rinviene con facilità una proibizione trasgredita: è quella che ha provocato l'inutilizzabilità della prova antecedente. Tentiamo di analizzarne meglio il contenuto.

Il divieto di acquisire una prova – perché in sé vietata (*an*), o perché formata attraverso modalità vietate (*quomodo*) – sottende il chiaro intento di ostacolarne l'uso durante il procedimento; ne viene proibita l'acquisizione a fini preventivi, per evitare che essa giunga nella disponibilità di chi potrebbe utilizzarla.

Infatti, se la prova vietata viene acquisita nonostante il divieto, ma poi non viene utilizzata, la legge può dirsi sostanzialmente rispettata: la mera acquisizione senza successivo uso non provoca pregiudizio alla legalità processuale. La prova inutilizzabile è rimasta latente nei fascicoli ed è stata considerata *tamquam non esset*. Solo la sua utilizzazione comporta un'effettiva illegittimità¹¹⁷ e solo a questo punto il divieto di acquisizione può dirsi certamente violato, in quanto è stato disatteso il suo scopo.

Non avrebbe quindi alcun senso colpire con l'inutilizzabilità la mera acquisizione di una prova vietata e poi tenere esenti da vizi le prove scoperte grazie al suo effettivo impiego: i divieti probatori risulterebbero privi di significato, in quanto alla vanificazione della loro *ratio* – la prova vietata è stata usata – non seguirebbe alcuna sanzione.

In breve, possiamo affermare che la prova ottenuta attraverso il contributo determinante di prove inutilizzabili risulta anch'essa viziosa, non in conseguenza della propagazione dell'invalidità, ma in quanto il divieto di acquisizione è stato violato due volte: attraverso la mera acquisizione della prova vietata viene neutralizzata la funzione preventiva del divieto; se poi all'acquisizione segue l'uso effettivo della prova per scoprirne altre, il divieto viene mortificato nel suo scopo. A ben vedere, la seconda violazione è ben più grave della prima e non avrebbe alcun senso lasciarla impunita.

Dunque, nessuna trasmissione del vizio e nessun divieto d'uso; tutto quello che serve affiora spontaneamente dalla superficie dell'art. 191 c.p.p.: un vizio che rende totalmente inservibile la prova e un divieto di acquisizione violato. Se l'inutilizzabilità non incidesse sull'efficacia probatoria delle prove susseguenti, tale proibizione sarebbe del tutto vana; non si tratta quindi di garantirne l'efficacia deterrente, ma di tutelarne la ragion d'essere.

Terminata questa riflessione teorica, è necessario verificare come essa si adatti alla dimensione pragmatica, riprendendo le tre fattispecie già esaminate.

Nel caso a) (attività investigative, il cui compimento non richiede una motivazione formalmente espressa), il rapporto fra prove – di “dipendenza giuridica” o meno che sia – non è più il fulcro della questione e possiamo quindi ragionare diversamente: gli atti istruttori non motivati possono finalmente godere della tutela offerta dall'inutilizzabilità, pur senza ricorrere a fenomeni di trasmissione del vizio.

direttamente all'uso della prova vietata». Il pubblico ministero «sarà tenuto a rilevare l'inutilizzabilità e a non far uso delle prove vietate» (247); G. ILLUMINATI, *L'inutilizzabilità*, cit., 526: «anche il pubblico ministero, dunque, è tenuto a rispettare i divieti generali e le regole di acquisizione dettate per la fase delle indagini, e non potrà tener conto dei risultati acquisiti illegittimamente»; G. PIERRO, *Una nuova specie d'invalidità*, cit., 171

117. In questo senso, G. PIERRO, *Una nuova specie d'invalidità*, cit., 170.

Prendiamo come esempio l'art. 63, comma 2, c.p.p., secondo cui le dichiarazioni rilasciate da un soggetto, che doveva essere sentito sin dall'inizio in qualità di persona sottoposta alle indagini, sono inutilizzabili. Se di tali dichiarazioni fosse consentito l'uso investigativo, l'autorità giudiziaria potrebbe essere tentata di trasgredire strategicamente la disciplina dell'interrogatorio, per ottenere informazioni utili al prosieguo delle indagini.

Ecco cosa potrebbe accadere: inconsapevole della sua delicata posizione, lo pseudo indagato rivela i nomi di alcune persone informate sui fatti; queste, puntualmente sentite, rilasciano fondamentali dichiarazioni accusatorie e il giudice, basando la sentenza su tali elementi, condanna il malcapitato dichiarante.

La casistica potrebbe anche essere maggiormente cruenta, ipotizzando minacce, violenze e costrizioni psicologiche inquadrabili nel divieto *ex art. 188 c.p.p.*

Secondo quanto qui affermato, la difesa dell'imputato deve poter eccepire l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese dalle persone informate sui fatti¹¹⁸. Sarebbe tuttavia irragionevole pretendere che anche un uso «innocuo»¹¹⁹ della prova inutilizzabile venga censurato; pertanto, il giudice dovrà accertare che l'individuazione dei dichiaranti sia stata propiziata esclusivamente dalle informazioni tratte dall'interrogatorio inutilizzabile, ossia che i nomi di questi soggetti non siano stati scoperti anche attraverso altri atti investigativi, autonomi rispetto a quello viziato¹²⁰.

Indubbiamente, dato che l'attività investigativa successiva non ha richiesto l'emissione di un provvedimento motivato, questa verifica sarà più complessa¹²¹, ma comunque non impossibile¹²²: non è certamente facile individuare collegamenti fra atti di indagine compiuti in piena libertà, quando magari è anche trascorso un notevole lasso di tempo dal loro compimento¹²³; tuttavia, il fatto che il controllo del giudice richieda analitici approfondimenti, non implica la resa a un uso incontrollato delle prove inutilizzabili¹²⁴.

Del resto, le Corti fedeli alla dottrina dei «frutti dell'albero avvelenato»¹²⁵ e l'ormai imprescindibile Corte europea dei diritti dell'uomo¹²⁶ hanno effettuato ed effettuano continuamente valutazioni di questo genere, dimostrando che in ciò non vi è nulla che superi la soglia dell'esigibile.

Inoltre, già a prima vista, è possibile individuare alcune spie di illegittimità: si pensi,

118. *Contra*, Cass., sez. IV, 8 febbraio 1994, Borri, in *Cass. pen.*, 1996, 177.

119. L'espressione è di F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 1197.

120. In questo senso, V. GREVI, *Nemo tenetur se detegere*, cit., 196-197: secondo questo Autore, il giudice, quando redigerà la sentenza, non solo dovrà evitare qualsiasi cenno alle prove inutilizzabili, ma dovrà anche dare conto del fatto che quelle utilizzate in motivazione non siano state reperite grazie a fonti conoscitive viziate.

121. Si vedano, in questo senso, R. CASIRAGHI, *Prove vietate*, cit., 1786; F.M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, cit., 253; O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato*, cit., 42.

122. Si veda M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata*, cit., 292-297: «La presenza di una motivazione aiuta indubbiamente a riconoscere le implicazioni di interferenza fra atti, ma sembra troppo radicale sostenere che, al di fuori da essa, esista una nebulosa di atti, ordinabili solo per la sequenza storica del loro compimento. Si possono riconoscere legami di dipendenza fra prove anche a prescindere dal fatto che una giustificazione li metta in luce».

123. In questo senso, F. RUGGIERI, *Divieti probatori*, cit., 138-139.

124. Si veda F.M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, cit., 253.

125. Si rinvia ai cenni effettuati alla nota (3).

126. La Corte europea dei diritti dell'uomo si è già espressa varie volte in merito a prove acquisite per mezzo di comportamenti lesivi di diritti tutelati dalla Convenzione (cfr., ad esempio, C. eur. dir. uomo, sez. III, 28 giugno 2007, Harutyunyan c. Armenia; C. eur. dir. uomo, Gr. Ch., 11 luglio 2006, Jalilov c. Germania; C. eur. dir. uomo, sez. I, 11 dicembre 2012, Tangiyev c. Russia. Su questi temi, in dottrina, si vedano R. CHENAL – A. TAMIETTI, *Commento all'art. 6 Cedu*, in S. Bartole – P. De Sena – V. Zagrebelsky, *Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali*, Padova, 2012, 192-193; A. CONFALONIERI, *Europa e Giusto processo. Istruzioni per l'uso*, Torino, 2010, 296-297; M. DANIELE, *Indagini informatiche lesive della riservatezza. Verso un'inutilizzabilità convenzionale?*, in *Cass. pen.*, 2013, 371-374.

In particolare, nel noto e discusso «caso Gäfgen», la *Grand Chamber* (C. eur. dir. uomo, Gr. Ch., 1 giugno 2010, Gäfgen c. Germania) – almeno in linea di principio – sembra aver affermato che l'uso investigativo di prove, ottenute con condotte dell'autorità giudiziaria contrarie all'art. 3 Cedu, potrebbe comportare l'iniquinà del processo. Nel caso di specie, le dichiarazioni dell'indagato – rese a seguito delle minacce subite a opera di alcuni investigatori – furono decisive per la scoperta di fondamentali prove reali, poi utilizzate nel corso del processo. L'iniquinà, tuttavia, non fu dichiarata, perché nel corso del dibattimento, l'imputato aveva infine confessato di aver commesso il fatto (per un commento specifico sul «caso Gäfgen», si vedano R. CASIRAGHI, *Prove vietate*, cit., 1789-1790; N. GALANTINI, *Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*, cit., 83-84; M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata*, cit., 279-284).

ad esempio, ai casi in cui l'atto inutilizzabile non è stato accompagnato dallo svolgimento di precedenti attività investigative e pare quindi manifesto che su quell'atto sono basate le successive indagini¹²⁷; inoltre, molte informazioni possono essere tratte dai provvedimenti motivati, che esplicitano il percorso investigativo¹²⁸, dalle domande poste ai soggetti interrogati e alle persone informate, dal compimento di atti d'indagine sorprendentemente mirati¹²⁹.

Per quanto riguarda il caso b), non sono necessarie molte altre parole: come si è detto, l'uso della prova inutilizzabile compromette la base giustificativa del provvedimento motivato e l'ordinamento reagisce con la nullità (artt. 125, comma 3; 224 *bis*, comma 2, c.p.p.) o con l'inutilizzabilità (artt. 271; 359 *bis*, comma 3, c.p.p.). Laddove il legislatore ha scelto di intervenire espressamente, non si pongono questioni ulteriori.

Il rapporto fra perquisizione e sequestro resta, come sempre, la fattispecie più spinosa. La disciplina processuale conosce solo due divieti espliciti, dai quali è ricavabile l'inutilizzabilità delle cose sequestrate: l'art. 103 c.p.p. su perquisizioni e sequestri negli uffici dei difensori e l'art. 343 c.p.p. in materia di autorizzazione a procedere.

Oltre a queste specifiche indicazioni normative, bisognerebbe rintracciare divieti probatori impliciti¹³⁰ all'interno della disciplina generale dei due mezzi di ricerca della prova¹³¹; tuttavia, la perentorietà con la quale gli artt. 252 e 253 c.p.p. ordinano il sequestro del corpo del reato e delle cose pertinenti al reato impedisce di dare ulteriore seguito a questa ipotesi.

Al di là delle due proibizioni prima ricordate, nel sistema codicistico nemmeno si intravede la volontà di sancire l'inutilizzabilità delle cose rinvenute a seguito di perquisizione illegittima; non è desumibile alcun intento di vietare.

Un confronto fra la disciplina delle intercettazioni e quella di perquisizione e sequestro¹³² avalla questa interpretazione.

In un unico capo è stato regolato ogni passo della procedura che conduce all'acquisizione dei risultati della captazione: i presupposti, la richiesta del pubblico ministero, il decreto del giudice, lo svolgimento pratico delle operazioni, la selezione delle conversazioni captate, la trascrizione e l'inserimento nel fascicolo dibattimentale. La prima parte è la fase di ricerca della prova (paragonabile a una perquisizione), la seconda è quella di acquisizione (simile al sequestro); le due fasi sono state disciplinate insieme e il legislatore, proprio a coronamento della scelta di riunire ricerca e acquisizione, lega il rispetto della procedura di ricerca all'efficacia probatoria dei risultati acquisiti (art. 271 c.p.p.). Le due attività (ricerca e acquisizione) sono state considerate come un'unica fattispecie e i vizi della prima ricadono conseguentemente sulla seconda.

Il rapporto fra perquisizione e sequestro è completamente differente: ricerca e acquisizione sono state disciplinate separatamente e nessuna disposizione simile all'art. 271 c.p.p. prevede che i difetti di una fase si ripercuotano sull'altra¹³³.

Questa diversa configurazione degli istituti non può essere casuale: le due entità sono state intenzionalmente separate per risultare indifferenti l'una all'altra¹³⁴. Mentre nel caso delle intercettazioni il legislatore ha voluto escludere dal procedimento dichiarazioni mal captate, si è invece deciso di acquisire comunque prove reali mal ricercate¹³⁵.

127. Così F.M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, cit., 253.

128. Propone questa soluzione L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, cit., 225-226.

129. Si veda anche V. GAROFOLI, *Gli avvertimenti processuali come strumento di tutela*, Milano, 1983, 198-200.

130. Secondo F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 883, sarebbe necessario individuare «divieti probatori espliciti o univocamente enucleabili dal sistema».

131. Si veda, ad esempio, P. MOSCARINI, *Il regime sanzionatorio delle perquisizioni*, cit., 1253: l'Autore individua un divieto implicito nei presupposti della perquisizione d'iniziativa della polizia giudiziaria ex art. 352 c.p.p. *Contra*, P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., 555.

132. Raffronta queste due discipline T. BENE, *L'art. 191 c.p.p. e i vizi del procedimento probatorio*, in *Cass. pen.*, 1994, 117.

133. In questo senso, P. FERRUA, *Garanzie formali e garanzie sostanziali nel processo penale*, in *Quest. giust.*, 2001, 1123.

134. Si vedano F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 833; O. LUPACCHINI, *Se e come utilizzare una prova illecitamente ritrovata*, cit., 1129.

135. Si vedano, a tal proposito, i giudizi contrastanti espressi da G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., 280; N. ROMBI, *Anonimo, perquisizione, sequestro*, in *Cass. pen.*, 1998, 2090; T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, in *Ind. pen.*, 2009, 536; G. SPANGHER, *"E pur si muove": dal male captum bene retentum alle exclusionary rules* in *Giur. cost.*, 2001, 2829.

12 CONCLUSIONI

Questa conclusione non viene intaccata dall'art. 252 c.p.p. Come si è detto, alcuni vedono in questa norma la manifestazione di un collegamento funzionale fra perquisizione e sequestro, attraverso il quale l'inutilizzabilità o – almeno in teoria più correttamente – la nullità potrebbero propagarsi¹³⁶. Eppure, a ben vedere, l'art. 252 c.p.p. non rappresenta nulla di tutto ciò: il rapporto di necessità e dipendenza che questa regola fonda non è fra perquisizione e sequestro, ma fra le cose rinvenute a seguito della perquisizione e il sequestro, come peraltro ben si percepisce dalla lettera della norma; infatti, se la perquisizione non desse risultato, non vi sarebbe alcun sequestro.

Con questa disposizione, dunque, il legislatore ha voluto semplicemente riaffermare l'obbligatorietà del sequestro anche a seguito di perquisizione; in essa non pare di poter scorgere altra *ratio*.

Pertanto, anche l'inutilizzabilità, benché tesa a sanzionare le illegittimità che contribuiscono all'acquisizione di una prova, non può che chinare il capo di fronte a una *voluntas legis* avversa: dove non appaia la scelta di vietare, o meglio, dove si colga espressamente la volontà di consentire, l'inutilizzabilità non può intromettersi, nemmeno attraverso divieti impliciti.

Giunti al termine di questo lavoro, è opportuno che le discussioni astratte cedano le ultime righe a qualche riflessione sostanziale. Il quesito, che si cela dietro i temi qui affrontati, è da sempre il medesimo: è giusto escludere alcune prove soltanto perché scoperte male? Il rischio non è quello di alimentare un'irragionevole impunità¹³⁷?

Per rispondere a queste domande, conviene anzitutto ricordare che le scelte del legislatore possono anche non essere condivise, ma vanno rispettate; non spetta quindi all'interprete plasmare l'inutilizzabilità secondo il proprio intendimento.

In ogni caso, a ben considerare, il problema non sta tanto nell'inutilizzabilità in sé e nei suoi effetti, ma piuttosto nella qualità delle disposizioni in cui viene collocata e nelle forme in cui viene prevista. Una sanzione tanto severa dovrebbe essere dosata accuratamente e posta solo a tutela delle più importanti previsioni della disciplina probatoria; secondariamente, nulla impedisce che, una volta sancita la regola, venga anche stabilita l'eccezione: creato il divieto probatorio, il legislatore è libero di far salvo l'uso investigativo, oppure di intervenire variamente sul regime di rilevabilità del vizio.

In attesa di assistere a un uso legislativo più consapevole di questo strumento, non pare comunque possibile calibrare in via interpretativa l'effetto dell'inutilizzabilità a seconda della singola regola e della vicenda sottostante. La procedura penale conosce infatti una moltitudine sempre crescente di regole di esclusione e criteri di valutazione¹³⁸ ed è improntata a un rigoroso principio di legalità, che limita consistentemente i margini di discrezionalità dell'interprete¹³⁹.

Pertanto, allo stato attuale, l'inutilizzabilità è una sola e il suo effetto – salvo espressioni previsioni positive – dovrebbe essere sempre il medesimo: totale inservibilità della prova viziata.

Sostenere invece che l'inutilizzabilità non incida sull'uso investigativo comporta discutibili conseguenze: così facendo, non si salva solo l'impiego orientativo delle intercettazioni effettuate (senza motivazione) al di fuori della procura, ma anche quello delle prove ottenute tramite la violazione di disposizioni che presidiano diritti costituzionalmente garantiti dell'imputato.

136. Cfr. L.P. COMOGLIO, *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata*, cit., 1557; F. FALATO, *A proposito di inutilizzabilità derivata*, cit., 2183; R. GAMBINI, *Perquisizioni, sequestri, esclusione probatoria: interpretazioni attuali e prospettive de jure condendo*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1291; M. MONTAGNA, *Il "male captum bene retentum"*, cit., 1126; F. ROSSI, *Sull'inutilizzabilità a fini probatori del bene oggetto di sequestro dopo la mancata convalida*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 709.

137. Si leggano le eloquenti parole di F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 631-632, 641-642 e 645.

138. Si veda C. CONTI, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità*, cit., 788.

139. In questo senso, M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata*, cit., 261.

Bisogna comunque precisare che il rispetto del principio di legalità non impedisce affatto un confronto diretto con le caratteristiche delle singole vicende procedurali: infatti, nel modello qui proposto, il giudice deve accertare l'effettivo apporto della prova inutilizzabile nell'opera di reperimento delle prove susseguenti. Attraverso questa verifica concreta, sembra possa trovare ricomposizione quella frattura fra regola astratta e sostanza, che molti indicano come il principale difetto di un'applicazione intransigente dell'art. 191 c.p.p.¹⁴⁰.

L'inutilizzabilità dovrebbe così riuscire ad autolimitarsi, agendo solo quando necessario, senza ledere il principio di legalità¹⁴¹, ma, anzi, tutelandone il contenuto¹⁴².

140. Si rinvia ai profili critici sollevati da C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., 57; N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., 98; M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata*, cit., 285.

141. Si veda M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, Bologna, 2012, 11-26, secondo cui nell'ambito dell'inutilizzabilità vi è «una inevitabile apertura alla lesione effettiva dell'interesse protetto [...], essendo impossibile farne a meno a causa della struttura normativa dell'istituto in questione».

142. In questo senso, M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata*, cit., 310-311: secondo questo Autore, il principio di legalità non significa soltanto «fermo rispetto delle prescrizioni legislative», ma anche «tutela delle garanzie dei soggetti, tutela assicurata proprio dalle proposizioni della legge». In questo contesto, la discrezionalità dona «concretezza piena alle regole codificate», non sopprime le forme legali, ma al contrario le valorizza.

Logica della prova, *statistical evidence* e applicazione della teoria delle probabilità nel processo penale*

SOMMARIO

1. L'APPLICAZIONE DELLA TEORIA DELLE PROBABILITÀ NEL PROCESSO PENALE. INTEGRAZIONE E CONFLITTI TRA DUE MODELLI EPISTEMOLOGICI. – 2. L'ADOZIONE DI METODI PROBABILISTICI OLTRE I CONFINI DELLA DIMOSTRAZIONE DEL NESSO CAUSALE. IL DIFFICILE DIALOGO TRA SCIENZA SOSTANZIALE E SCIENZA PROCESSUALE. – 3. LO STUDIO TEORICO DEI CASI GIUDIZIARI IN MATERIA DI PROVA STATISTICA QUALE OSSERVATORIO PRIVILEGIATO DI EMBLEMATICHE TRAPPOLE COGNITIVE. – 4. PARADIGMI DI PROVA STATISTICA A CONFRONTO. LA CATEGORIA SPURIA DELLE NUDE STATISTICHE. – 5. SPUNTI RICOSTRUTTIVI DI UNO STATUTO DELLA PROVA STATISTICA NEL PROCESSO PENALE. – 6. I MUTEVOLI CONFINI ETICI ED EPISTEMOLOGICI DELL'APPROCCIO BAYESIANO ALLA RAZIONALITÀ COGNITIVA.

1

L'APPLICAZIONE DELLA TEORIA DELLE PROBABILITÀ NEL PROCESSO PENALE. INTEGRAZIONE E CONFLITTI TRA DUE MODELLI EPISTEMOLOGICI

Uno sguardo di insieme sulla casistica giurisprudenziale in materia di impiego di prove statistiche nel processo penale restituisce all'interprete un quadro per certi versi desolante, costellato da una teoria interminabile di errori giudiziari, dal caso Collins al caso Clark fino al meno noto caso Shonubi¹. Lo spostamento dell'asse di indagine

*. Testo, parzialmente rielaborato e corredato di un apparato bibliografico essenziale, della Relazione svolta al convegno "La logica dei numeri. La prova statistica nel processo penale", organizzato dall'Osservatorio della Corte di Cassazione dell'Unione Camere Penali Italiane, svoltosi a Roma il 26 gennaio 2013.

1. V., rispettivamente, *People v. Collins*, 238 P2d 33 (1968) sulla quale v. KOHLER, *One in millions, billions and Trillions: lessons from People v. Collins (1968) for People v. Simpson (1995)*, in *Journal of Legal Education*, 1997, vol. 47, p. 219; R. v. Clark, 2003 EWCA Crim 1020; U.S. V. Shonubi, 962 F. Supp. 370 (E.D.N.Y. 1997). Si pensi, nel nostro ordinamento, alla forte risonanza mediatica e alle dure critiche mosse anche dalla stampa divulgativa nei confronti dell'impiego di indagini epidemiologiche e dunque di una forma di evidenza statistica nel caso Ilva. V. PICILLO, *Tra le ragioni della vita e le esigenze della produzione: l'intervento penale e il caso Ilva di Taranto*, in *Arch.pen.*, 2012.

Nella sterminata bibliografia in argomento v., essenzialmente, A.A.VV., *Bayes Wars Redivivus - An Exchange*, in 8 *International Commentary on Evidence*, 2010; ALLEN-PARDO, *The Problematic Value of Mathematical Models of Evidence*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2007, vol. 36, p. 107; ALLEN-REDMAYNE, *Special Issue on Bayesianism and Juridical Proof*, in *International Journal of Evidence and Proof*, 1997, p.233; L.J. COHEN, *The Probable and the Provable*, Oxford, 1977; CALLEN, *Adjudication and the appearance of statistical evidence*, in *Tul. L.Rev.*, 1991, vol. 65, p. 457; DAMASKA, *Epistemology and Legal Regulation of Proof*, in *Law Probability and the Risk*, 2003, vol. 2, p. 117; FILKENSTEIN-FAIRLEY, *A Bayesian Approach to Identification Evidence*, in *Harv. L. Rev.*, 1970, vol. 83, p. 289; FINKELSTEIN-LEVIN, *On the Probative Value of Evidence from a Screening Search*, in *Jurimetrics Journal*, 2003, vol. 43, p. 265; FIENBERG-SCHERVISH, *The Relevance of Bayesian Inference for the Presentation of Statistical Evidence and For Legal Decisionmaking*, in *Boston University Law Review*, 1986, vol. 66, p. 783; KAPLAN, *Decision Theory and the Factfinding Process*, in *Stan. L. Rev.*, 1968, vol. 20, p. 1065; KAYE, *Probability Theory Meets Res Ipsa Loquitur*, in *Mich.L.Rev.*, 1979, vol. 77, p. 1456; KOHLER-SHAVIRO, *Veridical Verdicts: Increasing Verdict Accuracy Through the Use of Overtly Probabilistic Evidence and Methods*, in *Cornell L. Rev.*, 1990, p. 247; LEMPERT, *The New Evidence Scholarship: Analyzing the Process of Proof*, in *B.U. L.Rev.*, 1986, vol. 66, p. 439; ID., *Modeling Relevance*, in *Mich. L. Rev.*, 1977, vol. 75, p. 1021; NANCE -MORRIS, *An Empirical Assessment of Presentation Formats for Trace Evidence with a Relatively Large and Quantifiable Random Match Probability*, in *Jurimetrics Journal*, 2002, vol. 42, p. 403; NESSON, *Reasonable Doubt and Permissive inferences: The Value of Complexity*, in *Harv. L. Rev.*, 1979, vol. 92, p. 1187; ID., *The Evidence or the Event? On Judicial Proof and the Acceptability of Verdicts*, in *Harv. L. Rev.*, 1985, vol. 98, p. 1357; SHAFER, *The construction of Probability Arguments*, in *B.U.L. Rev.*, 1986, vol. 66, p. 799; SHUM, *Probability and the Process of Discovery, Proof and Choice*, in *B.U.L. Rev.*, 1986, vol. 66, p. 817; TARONI-AITKEN-GARBOLINO-BIEDERMANN, *Bayesian Networks and Probabilistic Inferences in Forensic Science*, Chichester, 2006; TILLERS, *Evidence, Uncertainty and the Rule of Law*, in *B.U.L. Rev.*, 1986, vol. 66, p. 381; ID., *Trial by Mathematics Reconsidered*, in *Law Probability and the Risk*, 2011, vol. 10, p. 167.

Nella nostra dottrina v. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Torino, 2010; CAPRIOLI, *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 51; CATALANO, *Prova indiziaria, probabilistic evidence e modelli matematici di valutazione*, in *Riv.dir. proc.*, 1996, p. 527; DOMINIONI, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Milano, 2005; STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2001, *passim* e spec. pp. 240, 296; ID., *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni unite della Suprema corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 814; STELLA- GALAVOTTI, *L'oltre ogni ragionevole dubbio come standard probatorio. Le infondate divagazioni dell'epistemologo Laudan*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 923; TARUFFO, *La*

dall'approccio casistico a una prospettiva teorica, diretta alla elaborazione di modelli razionali del conoscere giudiziale, fa registrare posizioni di netta chiusura nei confronti dell'impiego di dati statistici e di modelli probabilistici di formalizzazione del ragionamento probatorio, posizioni di chiusura che trovano le radici in un ampio intreccio di motivi ispiratori, sia di ordine epistemologico, sia di ordine etico-politico². Lo scetticismo nei confronti della prova statistica esprime, per un verso, la acquisita consapevolezza circa il rischio di scorciatoie probatorie, suscettibili di intaccare principi fondamentali del sistema, quali il principio di personalità della responsabilità penale e la presunzione di innocenza. Nei sistemi di *common law* non si sono mai spenti i toni vibranti del dibattito che, negli anni Settanta, ha visto protagonista, in aperta polemica con i primi esponenti della *new evidence scholarship*, l'eminente costituzionalista Laurence Tribe, il quale, in un saggio dal titolo emblematico *Trial by mathematics*, è approdato a una ferma stroncatura dell'impiego di prove statistiche e di modelli matematici del conoscere giudiziale³.

La difficoltà di trasferire modelli probabilistici o statistici – ad esempio, l'approccio bayesiano alla razionalità cognitiva – sul terreno del processo penale dipende solo in parte dalla forte dimensione etica del diritto delle prove penali, dimensione peculiare dell'epistemologia giudiziaria⁴. Dietro la diffidenza nei confronti della prova statistica si celano motivazioni diverse e ulteriori, emergenti, ad esempio, dalle recenti decisioni inglesi che tendono a limitare l'uso nel processo del teorema di Bayes. L'esame di queste decisioni rivela una trama argomentativa che contrappone l'*esprit de géométrie* all'*esprit de finesse*, ovvero la flessibilità, l'equità, la ragionevolezza del cittadino giurato alla freddezza e rigidità del linguaggio formale, all'automatismo dei numeri e del calcolo. Si scorge, in filigrana, la difesa del baluardo concettuale del processo con giuria: la fiducia nel criterio istintivo e nel senso comune del cittadino giurato⁵. Il medesimo orientamento giurisprudenziale dà rilievo al rischio di sopravvalutazione della prova statistico-matematica da parte del giudice togato e della giuria, rischio che va forse ridimensionato alla luce di studi di psicologia tesi a evidenziare la diffidenza della giuria verso i dati statistici, percepiti come aridi e facilmente manipolabili rispetto ad elementi di prova concreti dotati di maggior impatto emotivo sulla mente del giudice laico⁶. Viene inoltre

valutazione della prova, in *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, p. 230 ss.; ID., *La prova del nesso causale*, in De Maglie-Seminara (a cura di), *Scienza e causalità*, Padova, 2006, p. 77; ID., *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, 1992; ID., *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970; TONINI, *L'influenza della sentenza Franzese sul volto attuale del processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1231; TONINI-CONTI, *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2012, p. 160 ss. V. già CARNELUTTI, *Accertamento del reato e favor rei*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, p. 337. In prospettiva interdisciplinare v. AGAZZI, *La causalità e il ruolo delle frequenze statistiche nella spiegazione causale*, in De Maglie-Seminara (a cura di), *Scienza e causalità*, Padova, 2006, p. 39; P. CHERUBINI, *Interferenze indiziarie e distorsioni nella valutazione delle assenze*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 4016; B. FROSINI, *Il ruolo della statistica nel processo penale*, in De Maglie-Seminara (a cura di), *Scienza e causalità*, Padova, 2006, p. 70; ID., *Le prove statistiche nel processo civile e nel processo penale*, Milano, 2002; GARBOLINO, *Il ragionevole dubbio e la teoria bayesiana della decisione*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4053.

2. Nel nostro sistema v. la autorevole presa di posizione di STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2001, *passim* e spec. pp. 240, 296. Nel sistema statunitense v. l'opera di TRIBE, *Trial by Mathematics: Precision and ritual in the Legal Process*, in *Harv. L. Rev.*, 1971, vol. 84, p. 1359.

3. V. al riguardo le diverse posizioni di TRIBE, *Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process*, in *Harv. L. Rev.*, 1971, vol. 84, p. 1359 e di NESSON, *Reasonable Doubt and Permissive Inference: The Value of Complexity*, in *Harv. L. Rev.*, 1979, vol. 92, p. 118. Sul punto, nella prospettiva della necessità di un superamento delle contrapposizioni manichee, v., di recente, TILLERS, *Trial by Mathematics Reconsidered*, in *Law Probability and the Risk*, 2011, vol. 10, p. 167.

4. Costituisce una definizione classica quella delle norme sulle prove in termini di norme di garanzia. V. CONSO, *Natura giuridica delle norme sulle prove nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 1970, p. 7. V. FERRUA, *Epistemologia scientifica e epistemologia giudiziaria: differenze, analogie, interrelazioni*, in De Cataldo, a cura di, *La prova scientifica nel processo penale*, Padova, 2007.

5. La *Court of Appeal* inglese, nel caso T., nel 2011, ha sbarrato l'accesso al teorema di Bayes alle aule di giustizia al di fuori dei casi di introduzione della prova del DNA. V. R. v. T. (2010) EWCA Crim 2439. Già nel 1996 la *Court of Appeal* inglese, nel caso Dennis Adams, aveva stigmatizzato l'uso del teorema di Bayes ancorché proposto da un esperto della difesa per valorizzare le interazioni tra i diversi elementi di prova, al fine di costringere la giuria a soffermarsi sul significato probatorio rivestito dall'alibi presentato dall'imputato e dal fallimento della ricognizione di persona. V. R. V. Adams [1996] 2 Cr. App. Rev. 467, 481: "Jurors evaluate evidence and reach a conclusion not by means of a formula, mathematical or otherwise, but by the joint application of their individual common sense and knowledge of the world to the evidence before them." Chiosano al riguardo significativamente ROBERTS-ZUCKERMAN, *Criminal Evidence*, Oxford, 2010, p. 163: "Lay Juries are valued precisely because they are expert ... in ordinary common sense". Sulla materia v. anche DAWID, *Bayes's Theorem and the Weighing of Evidence by Juries in Bayes's Theorem: Proceedings of the British Academy*, vol. 113, Oxford, 2002, p. 71.

6. In quest'ultimo senso v. WELLS, *Naked Statistical Evidence of Liability: is Subjective Probability Enough?*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, 1992, vol. 62, p. 739; WRIGHT-MACEARCHER-STOFFER-MCDONALD, *Factors Affecting the Use of Naked Statistical Evidence of Liability*, in *The Journal of*

in rilievo, al riguardo, la crisi del modello decisorio basato sul verdetto immotivato di una giuria, che costituisce il portato della perdita di fiducia nella capacità di maneggiare la *law of evidence* da parte della giuria⁷.

L'orientamento di chiusura nei confronti di modelli probabilistici di analisi del ragionamento probatorio, considerato sotto questo profilo, anziché esprimere posizioni di difesa dei valori della civiltà occidentale, acquista il sapore di una acquiescenza di marca oscurantista di fronte alla imperscrutabilità del giudizio penale.

Anche nel nostro sistema, dietro un consapevole atteggiamento di *self-restraint*, serpeggia un diffuso scetticismo nei confronti dei metodi statistico-matematici quali alternative credibili alla logica e alla prudenza del giudice. Quelle medesime istanze di razionalizzazione del procedimento probatorio sottese alla elaborazione di modelli probabilistici di valutazione della prova si sono tradotte, nel nostro sistema, nella messa a punto di modelli alternativi agli schemi tradizionali del conoscere giudiziale, quali la rivalutazione della forma abduttiva dell'argomentazione giudiziaria, la esaltazione della *inference to the best explanation*, la riscoperta di forme retoriche dell'argomentazione⁸.

Sotto un diverso profilo, il dibattito sulla prova statistica, nel nostro sistema, è stato originato e condizionato dalla volontà di reagire alla tendenza della prassi a orientarsi verso un accertamento presuntivo di taluni elementi di fattispecie notoriamente difficili da provare quali il nesso causale nei reati omissivi impropri o l'elemento soggettivo del reato in materia di disastri colposi⁹.

Social Psychology, 1996, vol. 136, p. 677.

7. V. JACKSON, *Paradoxes of Lay and Professional Decision Making in Common Law Criminal Systems in Le jury dans le process penal au XXIE siècle*, Atti del Convegno, in *Revue internationale de droit pénale*, 2001, p. 579; DAMASKA, *Evidence Law Adrift*, New Haven, 1997; PIZZI, *Trial without Truth*, New York, 2000. Del resto, la Corte europea dei diritti dell'uomo, con la decisione resa il 10 novembre 2010 nel caso Taxquet v. Belgio, ha ritenuto lesivo dei canoni del giusto processo europeo il complessivo assetto del giudizio belga di fronte alla Corte d'assise, caratterizzato, in specie, dalla mancanza di motivazione e dal principio dell'intimo convincimento.

8. Sull'*inference to the best explanation* v. LIPTON, *Inference to the Best Explanation*. New York, 2004; OKASHA, *Il primo libro di filosofia della scienza*, Torino, 2006, p. 32. V. anche G. TUZET, *Abduzione: quattro usi sociologici giuridici*, in *Soc. dir.*, 2004, p. 125. Sulla c.d. nuova retorica v. PERELMAN, *Logica giuridica - Nuova retorica*, trad. it. a cura di Crifò, Milano, 1979. Per la valorizzazione della argomentazione abduttiva v. FASSONE, *La valutazione della prova in fase istruttoria e in sede dibattimentale*, in *Quad. C.S.M.*, 1987, 4, p. 23; ID., *Primi appunti sulla valutazione della prova nel nuovo processo penale*, in *Quest. giust.* 1989, p. 844. Sui caratteri del ragionamento abduttivo v. BONFANTINI, *La semiosi e l'abduzione*, Milano, 1987; GULOTTA, *Strumenti concettuali per agire nel nuovo processo penale*, Milano, 1990, nonché AA.VV., *Il segno dei tre. Holmes, Pierce, Dupin*, a cura di Eco-Sebeok, Milano, 1983. Con riferimento a decorsi causali atipici, il modello esplicativo abduttivo assume la peculiare – e più sofisticata – configurazione della abduzione serendipiana. V. PIZZI, *Abduzione e serendipità nella scienza e nel diritto*, in *Diritto, abduzione e prova*, Milano, 2010, p. 64, con riferimento al noto caso del “delitto con la penna a sfera”, trovata completamente intatta nel cranio della presunta vittima. Una serie di esperimenti condotti dopo la condanna per omicidio del figlio della donna ha evidenziato, secondo le dinamiche della “scoperta serendipiana”, l'impossibilità dell'azione causale di un agente umano, in virtù del peculiare comportamento osservato della cannucchia dell'inchostro, che comprometteva l'integrità della penna a sfera. Restava l'ipotesi, per quanto improbabile, di una rarissimo incidente domestico. V. VAN ANDEL-BOUNCIER, *Serendipity and Abduction in Proofs, Presumptions and Emerging Laws*, in *Cardozo Law Rev.*, 2001, p. 1605.

9. La strategia di processualizzazione del diritto sostanziale, ovvero la tendenza della giurisprudenza a plasmare categorie di diritto sostanziale in funzione processual-probatoria si è manifestata sul terreno dell'accertamento del nesso di causalità nei reati omissivi impropri nei quali il giudice è chiamato a effettuare un giudizio controfattuale. In materia di omissione colposa del medico, talune note decisioni hanno ritenuto la sussistenza del rapporto causale anche quando l'opera del sanitario, se correttamente e tempestivamente intervenuta, avrebbe avuto non già la certezza di evitare l'evento ma solo serie ed apprezzabili possibilità di successo, anche con una probabilità inferiore al 50 %. V. Cass., sez. IV, 24 febbraio 2000, Minella, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2696; Cass., sez. IV, 11 novembre 1994, Presta, in *CED Cass.* 201554. In particolare v. Cass., sez. IV, 17 gennaio 1992, Silvestri, in *CED Cass.* 188921: “In tema di responsabilità per colpa professionale del medico, nella ricerca del nesso di causalità tra la condotta dell'imputato e l'evento, al criterio della certezza degli effetti della condotta, si può sostituire quello della probabilità, anche limitata, di tali effetti e della idoneità della condotta a produrli. Ne consegue che il rapporto di causalità sussiste anche quando l'opera del sanitario, se correttamente e tempestivamente intervenuta, avrebbe avuto non già la certezza, bensì soltanto serie ed apprezzabili possibilità di successo, tali che la vita del paziente sarebbe stata, con una certa probabilità, salvata. (Fattispecie in tema di omicidio colposo per tardiva diagnosi di infezione tetanica in donna sottoposta a taglio cesareo. La Corte di Cassazione ha rigettato il ricorso contro la sentenza di condanna che aveva ritenuto il nesso causale tra la condotta omissiva e l'evento, sussistendo la probabilità del 30 per cento che un corretto e tempestivo intervento medico avrebbe avuto un esito positivo)”. Sulla intera materia v., oltre alla dottrina già citata alla nota 1, gli ampi saggi di DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 663; EAD., *Il concetto giuridico e scientifico di probabilità*, in *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di De Cataldo, Padova, 2007; DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione per l'aumento del rischio. Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 32 ss.; GROSSO, *I principi di legalità e personalità della responsabilità penale e la causalità omissiva*, in *Scienza e causalità*, cit., p. 113; MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*, Milano, 2007; MARINUCCI, *Causalità reale e causalità ipotetica nell'omissione impropria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 523; VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini-Paliero, t. II, Milano, 2006, p. 1994; VIGANÒ, *Riflessione sulla c.d. causalità omissiva in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1679.

Sullo sfondo si stagliano argomentazioni di più profondo spessore ideologico-politico, attinenti alla diffusione del principio di precauzione quale antidoto alla condizione di incertezza cronica ingenerata dalla morfologia dei nuovi rischi nella società postmoderna¹⁰. Entro questo ambito si sono sviluppate sia correnti di pensiero tese a una rimodulazione di categorie fondamentali del diritto penale e a una applicazione capillare del principio di precauzione sia indirizzi antitetici diretti a escludere la riconducibilità alla responsabilità civile o penale individuale di scelte che costituiscono espressione di una politica di impresa all'interno di una organizzazione complessa¹¹.

La reazione nei confronti delle derive del diritto vivente si è tradotta nella emersione di autorevoli correnti di pensiero volte a escludere l'impiego di dati epidemiologici o di leggi statistiche aventi coefficienti di probabilità medio-bassi nella dimostrazione del nesso causale. Anche l'adozione di modelli probabilistici di valutazione della prova è stata ritenuta incompatibile con il grado di conferma richiesto dallo standard dell'oltre ogni ragionevole dubbio¹².

Rasenta il paradosso la circostanza che la reazione contro la debolezza epistemologica dell'accertamento della causalità sulla scorta di criteri statistici sia stata condotta all'insegna di un canone di giudizio epistemologicamente debole quale quello di ragionevolezza. Quella di ragionevolezza è una nozione pragmatica che evoca un'idea di ragione tollerante, aperta a opinioni diverse dalla propria purché ugualmente ragionevoli¹³. Infatti, "tra ragionevole e razionale ... corre la stessa differenza che vi è ... tra prova empirica e dimostrazione matematica"¹⁴.

Emerge al riguardo uno dei caratteri scomodi del dibattito sulla prova statistica: l'imprecisione del giudizio ritagliata con precisione dai numeri costringe l'interprete a confrontarsi con (la difficoltà di ammettere apertamente) l'imperfezione della epistemologia giudiziaria; la fissazione di un grado di probabilità a priori propria dell'approccio bayesiano evoca quanto meno lo spettro della formulazione di valutazioni dell'ordine di probabilità a priori (di colpevolezza o di innocenza) che vengono spesso fatte "anche se non lo si vuole ammettere"¹⁵. Coglie pertanto nel segno l'intuizione formulata dalla dottrina statunitense e suscettibile di essere ripresa nel segno del paradosso e "entro i confini di un dibattito teorico", secondo la quale l'avversione verso la prova statistica riflette il disgusto verso un margine di errore troppo evidente¹⁶.

10. V. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura Dolcini-Paliero, t. II, Milano, 2006, p. 1743. L'applicazione delle *default options* impone all'agente di comportarsi nel dubbio sulla cancerogenità di una sostanza o su altro fattore di rischio "come se la sostanza fosse cancerogena". V. sulla materia PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*, nota a T. Venezia, 22 ottobre 2001, Cefis, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1694.

11. In quest'ultima prospettiva, gli strumenti di gestione del rischio vanno ricercati sul piano della prevenzione piuttosto che della criminalizzazione, oppure sul piano della predisposizione di strumenti pubblicistici di sicurezza sociale. V. GAUDINO, *Esposizione ad amianto e danno da pericolo: qualche riflessione dopo la pronuncia della Cour de Cassation sul préjudice d'anxiété*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2010, p. 2620. Nella dottrina penalistica v. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Milano, 2004; PULITANÒ, *Gestione del rischio da esposizioni professionali*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 778.

12. V. F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2001, *passim* e spec. pp. 240, 296.

13. Le riforme dell'ultimo periodo hanno fatto registrare l'affermazione dell'aggettivo "ragionevole" nel linguaggio del nostro ordinamento processuale penale. Una prima analisi del fenomeno consente di individuare il punto di emersione del termine "ragionevolezza" nelle rinnovate istanze giusnaturalistiche che attraversano la cultura giuridica europea e che si sono tradotte, tra l'altro, in rinnovati richiami alla prudenza del giudice. V. AMODIO, *Giusto processo, procès équitable e fair trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 93. Ad un livello più approfondito di indagine, tuttavia, la penetrazione del concetto di ragionevolezza nel nostro sistema appare indice di una contaminazione culturale che attinge a modelli e a categorie del tutto estranei al *background* culturale del nostro Paese. La cultura – e non solo quella giuridica – angloamericana rivendica consapevolmente la paternità di una accezione peculiare del termine ragionevolezza, del tutto isolata nell'ambito della civiltà occidentale. In questa prospettiva si inserisce la distinzione profonda tra il concetto di ragione in senso giusnaturalistico e l'accezione di ragione tollerante, evocata dalla nozione pragmatica di ragionevolezza. V. FLETCHER, *Eccesso di difesa*, Milano, 1995, p. 54. Tutte le sfaccettature del concetto – la ragione attenuata, la razionalità strumentale e l'apertura alle buone ragioni altrui – trovano riscontro sul terreno della filosofia politica. V. HABERMAS, *Teoria dell'agire comunicativo* (1981), trad. it. Bologna, 1997; RAWLS, *Liberalismo politico*, (1993), tr. it. a cura di S. Veca, Milano, 1994. V. anche LAUDAN, *Truth, Error and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*, New York, 2006.

14. FERRUA, *Impugnazioni, Cassazione a rischio paralisi*, in *Dir. giust.*, 2005, n. 36, p. 107; V. anche DERSHOWITZ, *Dubbi ragionevoli. Il sistema della giustizia penale e il caso O.J. Simpson*, trad. it., Milano, 2007, p. 75.

15. GARBOLINO, *Nuovi strumenti logici e informativi per il ragionamento giudiziario: le reti bayesiane*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 326.

16. V. le affermazioni di KOHLER-SHAVIRO, *Veridical Verdicts: Increasing Verdict Accuracy Through the Use of Overtly Probabilistic Evidence and Methods*,

E' un paradosso solo apparente quello per cui il gusto per l'indagine sulle trappole cognitive e sull'uso della statistica del processo coesiste con il richiamo alla prudenza del giudice, con la riscoperta dell'arnese antico delle massime di esperienza e con la forte sottolineatura della dimensione etica della prova, insita nell'introduzione della formula dell'al di là di ogni ragionevole dubbio. Il paradosso si ricompone alla luce della convergenza della cultura giuridica internazionale verso una concezione irriducibilmente probabilistica del giudizio sul fatto.

Sotto un diverso profilo, proprio la dimensione etico-giuridica del diritto delle prove penali, che costituisce il limite rispetto all'applicazione di metodi probabilistici, vale a legittimare l'ingresso della statistica nel processo, tracciandone i confini normativi. L'applicazione della teoria della probabilità, inquadrata in una griglia normativa improntata alla tutela dei valori fondamentali nel sistema, può contribuire per gradi successivi di approssimazione alla ricostruzione dei fatti oggetto del giudizio. Sotto un diverso profilo, l'epistemologia scientifica deve essere integrata con l'epistemologia giudiziaria¹⁷. Si delineano, al riguardo, rischi di interferenze tra modelli cognitivi che possono operare in due direzioni uguali e contrarie: da un lato, il rischio di preponderanza dell'ormai frusto dogma della infallibilità della scienza, piuttosto che della logica dei numeri; dall'altro lato, il rischio di una endemica entropia della razionalità giudiziaria indotta dal riconosciuto fallibilismo della scienza, che rende difficile enucleare criteri di validità degli asserti scientifici e in specie di prove o tecniche a struttura probabilistica¹⁸. In questo contesto errori di metodo si prestano a creare disordine euristico.

2

L'ADOZIONE DI METODI PROBABILISTICI OLTRE I CONFINI DELLA DIMOSTRAZIONE DEL NESSO CAUSALE. IL DIFFICILE DIALOGO TRA SCIENZA SOSTANZIALE E SCIENZA PROCESSUALE

La discussione sull'applicazione della teoria della probabilità nel processo è stata condizionata, nel nostro ordinamento, dal rilievo preponderante assunto dal tema dell'accertamento del nesso di causalità attraverso l'impiego di dati statistici ovvero attraverso il ricorso a leggi statistiche.

Parallelamente, si profila la necessità di riassorbire la forbice tra le riflessioni della scienza processuale e quelle della scienza sostanziale di fronte a un problema centrale come quello probatorio¹⁹. Come si è già rilevato, le riflessioni della scienza penalistica volte a imprimere una più forte caratura epistemologica alla regola BARD si sono sviluppate sul terreno della tipologia dei criteri inferenziali di valutazione della prova, ovvero su un terreno relativo a una fase del procedimento probatorio che a ben vedere precede la fase decisoria.

L'allargamento dell'angolo prospettico oltre i confini della dimostrazione del nesso causale, nel realizzare un più efficace raccordo del tema della prova statistica con la griglia normativa e logica del codice di procedura penale, potrebbe, ad esempio, mettere in luce le potenzialità euristiche di dati statistici e probabilistici ai fini della prova della colpa degli imputati cui si rimproveri la violazione di obblighi di corretta informazione. L'omessa considerazione di tali dati statistici quali indicatori di rischio (del protrarsi

in *Cornell L. Rev.*, 1990, p.247 riprese, appunto, dichiaratamente "entro i confini di un dibattito teorico", da CATALANO, *Prova indiziaria, probabilistic evidence e modelli matematici di valutazione*, *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 527.

17. V. SAKS-NEUFELD, *Convergent Evolution in Law and Science: the Structure of Decision-Making under Uncertainty*, in *Law, Probability and the Risk*, 2011, vol. 10, p. 133.

18. Si pensi al forte significato emotivo rivestito dall'espressione "scientificamente provato". V. CAPRIOLI, *La scienza cattiva maestra: le insidie della prova scientifica nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3533.

19. Così è stata prevalentemente commentata da studiosi di diritto sostanziale una delle più significative decisioni in materia di impiego dei dati epidemiologici del processo, la sentenza Cozzini, che ha provveduto a enucleare criteri di affidabilità del metodo scientifico parzialmente sovrapponibili a quelli individuati dalla Corte Suprema degli Stati Uniti nel noto caso Daubert. V. Cass., sez. IV, 17 settembre 2010, Cozzini, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1679, con nota di BARTOLI, *Responsabilità penale da amianto: una sentenza destinata a segnare un punto di svolta?* V. anche BARTOLI, *La responsabilità penale da esposizione dei lavoratori ad amianto*, in *Dir. pen. cont.*, 25 gennaio 2011; ZIRULIA, *Ancora oscillazioni nella giurisprudenza di legittimità sulle morti da amianto*, in *Dir. pen. cont.*, 11 ottobre 2012; ID., *Causalità ed amianto: l'eterno duello tra i consulenti tecnici delle parti*, in *Corr. mer.*, 2012, 3, p. 275. Nella dottrina processualpenalistica v. TONINI, *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime d'esperienza*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 1341.

dello sciame sismico) ha assunto un ruolo determinante nella valutazione dei profili di colpa dalla Commissione Grandi Rischi nella sentenza di primo grado pronunciata dal Tribunale di L'Aquila²⁰.

Si collocano su un piano affatto diverso rispetto all'accertamento del nesso di causalità le ipotesi di prova di elementi della fattispecie processuale penale o di elementi normativi della fattispecie penale attraverso l'impiego di dati conoscitivi che costituiscono l'esito di un metodo statistico diretto a valutare la proporzione di una data caratteristica all'interno della popolazione, sulla base dell'analisi di un campione della popolazione medesima: il metodo del sondaggio di opinione. Autorevole dottrina ha proposto l'impiego dei sondaggi di opinione nell'accertamento dell'osceno cinematografico²¹. In questa come in altre ipotesi analoghe, il dato conoscitivo di tipo statistico – la frequenza statistica dell'opinione nella popolazione – costituisce la materia del contendere, in quanto coincide immediatamente con il tema di prova – il comune sentire o, in ipotesi, la riservatezza – costituito dall'elemento normativo di fattispecie che rinvia a norme etico-sociali. Nel processo penale di *common law*, il superamento delle tradizionali obiezioni incentrate sul divieto dell'*hearsay* ha consentito l'ingresso in giudizio di sondaggi di opinioni quale prova destinata a supportare richieste di *change of venue* analoghe alle richieste di rimessione del processo²². La Corte di giustizia delle Comunità europee ha espressamente identificato nei sondaggi di opinione tra i consumatori lo strumento per valutare l'attitudine ingannevole della denominazione di un prodotto commerciale²³. La nostra prassi processuale conosce ipotesi in cui gli esiti di sondaggi di opinioni già pubblicati sulla stampa sono stati ammessi quali elementi di prova idonei in astratto all'accertamento dei presupposti applicativi dell'istituto della rimessione, nell'ambito del relativo procedimento incidentale²⁴.

L'ampliamento del raggio di indagine oltre il limitato terreno del dibattimento consente, quindi, di esplorare le potenzialità applicative della statistica nei procedimenti incidentali e nella fase delle indagini, anche al di fuori dell'ambito tipico delle prove scientifiche. Già nella prassi, nei procedimenti per abuso di mercato, la Consob che, come è noto, ha poteri di vigilanza e di indagine nonché facoltà di costituirsi parte civile, ha potuto valorizzare l'analisi statistica e la rappresentazione grafica di andamenti anomali di transazioni finanziarie, con particolare riferimento a dati relativi al forte rialzo dei prezzi e dei volumi scambiati di titoli oggetto di informazioni privilegiate, in ipotesi anticipatamente diffuse. Proprio l'osservazione dei casi di abuso di mercato rilevati dalla Consob ha costituito la base per l'elaborazione di indici di dissomiglianza e per la costruzione di un modello teorico di individuazione degli abusi di mercato, c.d. *Market Abuse Detection* (M.A.D.), fondato su un algoritmo che, interpretando congiuntamente i diversi segnali di allerta, individua quei titoli quotati per i quali si stanno verificando anomalie in termini di transazioni²⁵.

La statistica può svolgere un ruolo essenziale anche nelle indagini su reati di criminalità organizzata che richiedono agli investigatori e al giudice di compiere un'opera di affresco storico – di verifica dei confini tra attività lecite e delittuose e di ricerca dei legami con il mondo dell'economia e della politica – che trascende il normale impegno

20. V. Trib. L'Aquila, 22 ottobre 2012, Barberi, giud. Billi, in *Dir. pen. cont.*, 21 gennaio 2013.

21. V. AMODIO, *Perizia artistica e indagini demoscopiche nell'accertamento dell'osceno cinematografico*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, p. 669.

22. I sondaggi di opinione si caricano di un diverso significato in un processo con giuria composta da cittadini del luogo. Così, nel caso della rivolta nel carcere di Pontiac, che aveva condotto all'omicidio di talune guardie carcerarie, è stata accolta una richiesta di trasferimento del processo a Chicago supportata da un sondaggio di opinione che rilevava come più di un terzo del campione conoscesse bene qualcuno che lavorava o aveva lavorato nella prigione. Sul tema v. ZEISEL-KAYE, *Prove it with Figures: Empirical Methods in Law and Litigation. Statistics for Social and Behavioral Sciences*, New York, 1997.

23. V. Corte giustizia Comunità europee, 13 gennaio 2000, n. 220, Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. c. Lancaster Group GmbH.

24. Cass., sez. I, 21 dicembre 2011, n. 47732.

25. V. MINENNA, *Metodi stocastici per l'individuazione dei casi di abuso di mercato e di insider trading. L'individuazione dei fenomeni di abuso di mercato nei mercati finanziari: un approccio quantitativo*, in *Quaderni di finanza*, 2003, n. 54, p. 6; ID., *Insider Trading. Abnormal Return and Preferential Information: Supervising through a Probabilistic Approach*, in *Journal of Banking and Finance*, 2003, vol. 27, p. 59.

3 LO STUDIO TEORICO DEI CASI GIUDIZIARI IN MATERIA DI PROVA STATISTICA QUALE OSSERVATORIO PRIVILEGIATO DI EMBLEMATICHE TRAPPOLE COGNITIVE

richiesto dalla ricostruzione dei fatti oggetto del processo²⁶.

L'applicazione di tecniche di analisi di legame, di tecniche di *data mining* proprie dell'intelligenza artificiale ai fini dell'apprendimento delle modalità di funzionamento di una organizzazione criminale è stata sperimentata nell'ambito del contrasto e della prevenzione degli attacchi terroristici, attraverso la scoperta di *crime patterns* e la chiarificazione dei nodi e dei *links* che vanno a costituire il *network* criminale²⁷.

Se dal terreno dell'inchiesta proattiva a ampio raggio sul *network* criminale si sposta l'attenzione sul terreno delle indagini di routine sulla criminalità comune, va rilevato come strumenti informatici di *data browsing* siano stati elaborati al fine di gestire dati strutturati o semistrutturati e di visualizzare in modo automatico legami tra residui balistici precedentemente repertati, così come legami tra i diversi soggetti coinvolti nelle indagini²⁸. Nella identificazione dei sospettati può essere utilizzato quel modello del test di ipotesi che la giurisprudenza statunitense ha ritenuto inammissibile nel giudizio di merito nel caso Gilbert.

Ma il ripudio di metodi probabilistici di valutazione della prova appare antistorico anche sul terreno del giudizio di merito. Si pensi all'ingresso ufficiale nel codice di procedura civile del concetto di probabilità, veicolato dalla inedita formula normativa "ragionevole probabilità", che, nello scolpire plasticamente i requisiti di ammissibilità dell'appello, coniuga il concetto di probabilità con un concetto *fuzzy* come quello di ragionevolezza²⁹.

Anche sul terreno del processo penale le posizioni di chiusura nei confronti dell'applicazione della teoria della probabilità vengono a scontrarsi in primo luogo con lo zoccolo duro costituito dal sempre maggior rilievo assunto dalla prova scientifica e dalla criminalistica nel processo penale.

Alla presentazione di prove scientifiche a struttura probabilistica è inevitabilmente associata una duplice serie di dati statistici relativi alla distribuzione del fattore considerato tra la popolazione (*cc.dd. base rate statistics*) e al margine di errore insito nella tecnica adottata. Con riferimento alla prova del DNA, che è diventata lo standard di convalida cui riferire l'attendibilità delle tecniche forensi, va rilevato come valutazioni di carattere statistico circa la compatibilità tra il profilo della traccia e quello dell'imputato assumano un peso determinante nel condizionare i risultati dell'accertamento tecnico³⁰.

La introduzione, la comprensione e la interpretazione delle tecniche forensi e, più in generale, di prove scientifiche non solo coinvolge la produzione di dati statistici, ma richiede una qualche dimestichezza con il ragionamento probabilistico e con il lessico, i concetti e i metodi della scienza statistica³¹. Il tema si interseca, ma non coincide, con quello della

26. V. SAVONA, *Cosa nostra tra organizzazione gerarchica e rete criminale*, in *Quest.giust.*, 2008, p. 104 ss., con riferimento alla trasformazione dell'organizzazione mafiosa e in specie al passaggio dal modello gerarchico al modello a rete. Sull'intera materia v. PICOTTI-FORNASARI-VIGANÒ-MELCHIONDA, *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio*, Padova, 2005; VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003, p. 345.

27. V. XU-HSINCHUN CHEN, *Fighting organized crimes: using shortest-path algorithms to identify associations in criminal networks*, in *Decision Support Systems*, 2004, vol. 38, p. 473. Sull'intera materia v. DEVLIN-LORDEN, *Il matematico e il detective*, trad. it., Milano, 2007, p. 46 ss.

28. Si fa riferimento al progetto DIANA (*Data Investigation and Analysis by a New Approach*) elaborato dal Professor Donato della Università di Bologna e già presentato al ministero degli interni. V. DONATO, *Il progetto DIANA. Una banca dati balistica per le indagini giudiziarie*, in *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, a cura di Conti, Milano, 2011, p. 319.

29. Critiche le valutazioni espresse dalla dottrina in ordine alla riforma dell'art. 348-bis. V. CONSOLO, *Nuovi e indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di svaporamento*, in *Corr. giur.*, 2012, 10, p. 1133. In ordine alla logica fuzzy v., essenzialmente, KOSKO, *Il fuzzy pensiero*, Milano, 1999.

30. Rasenta il paradosso la circostanza che la prova del DNA, che ha guadagnato credibilità attraverso l'etichetta di *DNA Fingerprint* – impronta digitale genetica –, rappresenti ora lo standard di convalida della sempre più controversa attendibilità scientifica delle indagini dattiloscopiche. Un rapporto della *National Academy of Sciences* statunitense del 2009 dal titolo *Strengthening Forensic Science in the United States. A Path Forward* viene a gettare un alone di incertezza sulla affidabilità di tutte le tecniche forensi, dalle indagini dattiloscopiche alla analisi grafologica. V., al riguardo, nella nostra dottrina, TARUFFO, *L'uso probatorio della scienza nel processo*, in *L'uso della prova scientifica nel processo penale*, a cura di Cucci-Gennari-Gentilomo, Santarcangelo di Romagna, 2012, p. 53.

31. V. la guida preparata per conto del *Royal Statistical Society Working Group on Statistics and Law* da AITKEN-ROBERTS-JACKSON, *Fundamentals of*

ammissione e della interpretazione della prova scientifica nel processo penale.

Lo studio teorico dei casi giudiziari costituisce significativamente angolo privilegiato di osservazione di paradigmatiche trappole cognitive. Sul terreno della interpretazione degli esiti di indagini su profili genetici parziali si può manifestare la c.d. *Texas sharpshooter fallacy*, l'errore del tiratore scelto che disegna il bersaglio intorno alla freccia, rappresentata dall'ipotesi della colpevolezza dell'imputato³².

E' significativo come la fallacia del condizionale trasposto abbia assunto la denominazione emblematica di fallacia dell'accusatore, che fa coincidere la probabilità di riscontrare una data evidenza su un uomo innocente con la probabilità di innocenza dell'imputato sul quale si riscontri la medesima evidenza. La probabilità di 1 su 1000 che una persona scelta a caso corrisponda al profilo genetico del reperto rinvenuto sul luogo viene fatta coincidere con la probabilità (altrettanto piccola) che l'imputato corrispondente al profilo non sia la fonte della traccia (*source probability fallacy*) o che il medesimo sia innocente (*ultimate issue fallacy*)³³. Argomentazione fallace rispetto alla quale si può controbattere che, se si assume come popolazione di riferimento un gruppo di 500000 unità, la probabilità che l'imputato sia fonte della traccia scende a 1 su 500. Anche questo ultimo ragionamento è inficiato dalla fallacia dell'avvocato difensore consistente nel presumere che in una determinata popolazione chiunque abbia un profilo corrispondente al campione abbia le stesse probabilità di essere fonte della traccia³⁴.

Una serie di errori di metodo nella selezione delle variabili rilevanti ha inficiato l'analisi statistica dell'anomalo andamento dei decessi nell'ospedale pediatrico di L'Aia, analisi condotta attraverso la lente deformante della concentrazione dei sospetti sull'infermiera De Berk, che ha deviato l'attenzione dall'inquietante impennata di decessi verificatasi nel quinquennio precedente la presa di servizio della De Berk e che ha offerto uno spunto polemico ai sostenitori della superiorità epistemologica della inferenza statistica bayesiana³⁵. Anche l'ingiusta condanna di Sally Clark per l'infanticidio dei suoi due neonati è dipesa da un grave errore statistico subito denunciato dalla *Royal Statistical Society* attraverso una lettera del presidente Prof. Peter Green. La stima statistica della probabilità nella stessa famiglia di due morti in culla (*Sudden Infant Death Syndrome* o SIDS) è stata viziata dalla incompetenza dell'esperto – un medico, non uno statistico – dalla omessa valutazione dell'ancora minore probabilità di due infanticidi nella stessa famiglia e soprattutto, dall'assunzione della indipendenza tra le due morti, posto che fattori genetici o ambientali condivisi da membri della stessa famiglia possono al contrario aumentare le probabilità di morti in culla³⁶.

Considerata in prospettiva attenta ai processi psicologici coinvolti, la fenomenologia delle fallacie costituisce il riflesso delle euristiche, ovvero di processi decisionali semplificati³⁷. Si delinea l'utilità di un approccio interdisciplinare che coniughi e integri gli

Probability and Statistical Evidence in Criminal Proceedings. Guidance for Judges, Lawyers, Forensic Scientists and Expert Witnesses, Royal Statistical Society, 2010.

32. V. THOMPSON, *Painting the Target around the Matching Profile: The Texas Sharpshooter Fallacy in Forensic DNA Interpretation*, in *Law Probability and the Risk*, 2009, vol. 8, p. 257.

33. V. AITKEN-TARONI, *Statistics and the Evaluation of Evidence for Forensic Scientists*, Chichester, 2004, p. 80 ss.; KOEHLER, *Error and Exaggeration in the Presentation of DNA Evidence at Trial*, in *Jurimetrics Journal*, 1993, vol. 34, p. 21; KOEHLER, *One in millions, billions and Trillions: lessons from People v. Collins (1968) for People v. Simpson (1995)*, in *Journal of Legal Education*, 1997, vol. 47, p. 219.

34. V. THOMPSON-SCHUMANN, *Interpretation of Statistical Evidence in Criminal Trials: the Prosecutor's Fallacy and the Defense Attorney's Fallacy*, in *Law and Human Behaviour*, 1987, vol. 11, p. 167; CHAMPOD-TARONI, *Riflessioni sulla valutazione della prova scientifica*, in *Giust. pen.*, 1993, III, p. 247.

35. V. MEESTER-COLLINS-GILL-VAN LAMBALGEN, *On the (ab)use of statistics in the legal case against the nurse Lucia de B.*, in *Law, Probability and the risk*, 2006, vol. 5, p. 233.

36. Sulla materia v., nella scienza statistica, le osservazioni critiche puntuali di B. FROSINI, *Il ruolo della statistica nel processo penale*, in De Maglie-Seminara (a cura di), *Scienza e causalità*, Padova, 2006, p. 70.

37. Gli studi di psicologia mettono in evidenza, ad esempio, il peso degli stereotipi nella epifania della fallacia della sottostima delle probabilità di base e della fallacia della congiunzione. V. KAHNEMANN-SLOVIC-TVERSKY, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge, 1982; RUMIATI-BONINI, *Psicologia della decisione*, Bologna, 2001; TVERSKY-KAHNEMANN, *Extensional versus Intuitive Reasoning: The Conjunction Fallacy in Probability Judgment*, in *Psychological Review*, 1983, vol. 90, p. 293.

apporti della psicologia e della teoria della probabilità³⁸.

Per un verso si cominciano a delineare due piani ben distinti del discorso sulla prova statistica nel processo penale: il capitolo della ammissibilità e della valenza probatoria della prova statistica e il capitolo del cattivo uso di strumenti statistici del processo. La frequenza di errori nell'impiego di metodi statistici non può costituire l'alibi per una fuga che assume le sembianze di una battaglia di retroguardia a fronte della crescente, inevitabile, diffusione della evidenza statistica nel processo.

Maggior peso assumono le obiezioni sollevate nei confronti dell'uso della prova statistica nel processo penale che investono in radice la stessa inidoneità probatoria dello strumento rispetto alla dimostrazione di eventi singoli³⁹.

Nella letteratura giuridica compare abbastanza di frequente, con una imprecisione che è indicativa della scarsa familiarità dei giuristi con il linguaggio formalizzato della statistica, la distinzione tra probabilità causali *ex ante*, associazioni casuali, nude statistiche⁴⁰.

Il dibattito sulla valenza probatoria della *naked statistical evidence* prende le mosse da alcuni celebri paradossi probatori, quali lo *Smith case* in cui l'attore, investito da un autobus blu, aveva convenuto in giudizio per il risarcimento dei danni, sulla base della sola prova statistica, la compagnia di trasporti alla quale faceva capo l'85 % degli autobus blu circolanti nella zona. La decisione – a favore del convenuto – fu confermata dalla Corte suprema del Massachusetts che rilevò come la responsabilità civile non potesse basarsi solo su *mathematical chances* insufficienti a soddisfare il *preponderance of the evidence standard of civil proof*⁴¹. Anche in ambito penale la storia dell'impiego della prova statistica prende l'avvio proprio dall'applicazione di un metodo errato di riellaborazione dei fatti del caso su base statistica⁴². Nel caso *Collins*, il *prosecutor* si avvale della testimonianza di un istruttore di matematica presso un *college* statale, chiamato in qualità di *expert witness* al fine di determinare la probabilità che gli imputati fossero colpevoli in quanto corrispondenti alla descrizione di un testimone relativa alla fuga in un'auto gialla di una coppia. L'*expert witness*, assumendo erroneamente l'indipendenza di ciascuna delle caratteristiche dell'evento, ha applicato al caso la c.d. *product rule* secondo la quale la probabilità del congiunto verificarsi di più circostanze indipendenti è pari al prodotto delle probabilità relative al verificarsi di ciascuna di esse. Attribuendo a ciascuno dei fattori selezionati un valore relativo alla frequenza statistica (anch'essa indimostrata) di ciascuno di essi – 1/1000 per il fattore coppia inter-razziale in auto – ha concluso che la probabilità di riscontrare in una coppia scelta a caso tale combinazione

38. V., con riferimento al processo civile, BONA, *Sentenze imperfette. Gli errori cognitivi nei giudizi civili*, Bologna, 2010.

39. V. sul tema TARUFFO, *La prova del nesso causale*, in De Maglie-Seminara (a cura di), *Scienza e causalità*, Padova, 2006, p. 77.

40. In particolare, la distinzione tra probabilità causali *ex ante* (probabilità di una classe di eventi del tipo in concreto verificatosi legata a una generalizzazione causale) e *naked statistics* (intese come espressione di raggruppamenti accidentali) è stata nitidamente formulata da WRIGHT, *Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts*, in *Iowa Law Review*, 1988, vol. 73, p. 1001, il quale fa riferimento, ad esempio, alla probabilità che le macchine parcheggiate sotto un dato edificio in un dato momento siano blu. In prospettiva analoga v. GÄRDEFORS, *Ragionamento probabilistico e valore probatorio*, in Gärdenförs-Hansson-Sahlin (a cura di), *La teoria del valore probatorio: Aspetti filosofici, giuridici e psicologici*, (1983), trad. it., Milano, 1997, p. 48; ALLEN, *On the Significance of Batting Averages and Strikeout Totals: A Clarification of the Naked Statistical Evidence Debate, the Meaning of the Evidence and the Requirement of Proof Beyond a Reasonable Doubt*, in *Tul. L. Rev.*, 1991, vol. 65, p. 1093; CALLEN, *Cognitive Science and the Sufficiency of "Sufficiency of the Evidence" Tests* in *Tul. L. Rev.*, 1991, vol. 65, p. 1113; FIENBERG-SCHERVISH, *The Relevance of Bayesian Inference for the Presentation of Statistical Evidence and For Legal Decisionmaking*, in *Boston University Law Review*, 1986, vol. 66, p. 783; WELLS, *Naked Statistical Evidence of Liability: is Subjective Probability Enough?*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, 1992, vol. 62, p. 739.

La distinzione viene ripresa da STELLA, *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni unite della Suprema corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 814, nonché da BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Torino, 2010, p. 336, che parla di "nuda relazione statistica". Significativamente il termine "nuda relazione statistica" ricorre anche in Cass., sez. IV, 23 dicembre 2010, est. Blaiotta, imp., Cozzini, cit.

41. *Smith v. Rapid Transit Inc.* 58 N.E. 2d 754 (1954). V., tra i molti, N.B. COHEN, *The Costs of Acceptability: Blue Buses, Agent Orange and Aversion to Statistical Evidence*, in *B.U.L. Rev.*, 1986, vol. 66, p. 563; NESSON, *The Evidence or the Event? On Judicial Proof and the Acceptability of Verdicts*, in *Harv. L. Rev.*, 1985, vol. 98, p. 1357.

42. *People v. Collins*, 238 P2d 33 (1968).

di caratteri poteva stimarsi in 1 su 12 milioni. Tale probabilità ha, quindi, subito un *maquillage* concettuale per l'effetto della fallacia del condizionale trasposto e si è trasformata nella probabilità di innocenza degli imputati.

A prescindere dal rischio di fallacie e di errori di metodo, appare evidente come a livello epistemologico la prova statistica differisca dalla prova convenzionale, in quanto si riferisce non a un evento specifico ma a una classe di eventi⁴³. Ne deriva un inevitabile impatto sulla funzione cognitiva del processo penale, perfino nell'ipotesi in cui alla base della (nuda) prova statistica si arrivi alla certezza. Il caso di condanna per il delitto di false generalità dell'imputato che in due occasioni diverse abbia dato diverse generalità rappresenta a ben vedere un caso di decisione *overtly probabilistic*, ancorchè il coefficiente di probabilità coincida con 1. Tuttavia, nel caso di specie, nessuna funzione cognitiva può essere riferita al processo, che non ha potuto attribuire all'imputato le sue esatte generalità⁴⁴. Questa implosione della funzione cognitiva del processo è esattamente il rischio correlato all'introduzione della prova statistica.

Tuttavia, ben può essere tracciata una distinzione tra diversi modelli di prova statistica, in relazione al contesto, alla metodologia statistica adottata, alla funzione probatoria rivestita nel processo penale.

Entro un primo ambito rientrano i dati statistici che esprimono una relazione di causalità seppure tra categorie generali di eventi, relazione ricostruibile in termini di causalità generale. Altro è il caso in cui la prova statistica esprima semplicemente una associazione tra classi di fatti, non evocando un rapporto di causalità neppure in termini generali⁴⁵.

Altro ancora è la frequenza statistica di base, ovvero la distribuzione del fenomeno del tipo oggetto di accertamento in una certa classe. Si pensi, ad esempio, alla frequenza di coppie proprietarie di una auto gialla o alla percentuale di taxi blu in una data città.

Aderiscono al primo modello di prova statistica i dati epidemiologici che possono indicare una relazione di causalità seppure tra categorie generali di eventi e che, in questo senso, possono possedere efficacia dimostrativa della causalità generale⁴⁶. Questi dati statistici si inseriscono in un contesto teorico di conoscenze organizzate, ovvero nel contesto di una disciplina – l'epidemiologia – che si caratterizza per l'individuazione di fattori di confondimento e per la elaborazione di tecniche tese a neutralizzare l'incidenza di variabili esterne sulla relazione “esposizione a un agente nocivo – insorgenza di una patologia”. Gli epidemiologi hanno sviluppato una serie di criteri di validità delle inferenze causali generali, noti come *Bradford Hill criteria*, tra i quali assumono rilievo la compatibilità tra gli studi, il carattere dose-dipendente della risposta all'esposizione, la plausibilità biologica, la specificità e la forza della correlazione⁴⁷. Coerentemente, la nostra Corte di cassazione pare orientata ad ammettere i dati epidemiologici e a escludere la sufficienza dei medesimi a fondare l'accertamento della causalità individuale⁴⁸. In

43. V. ALLEN-PARDO, *The Problematic Value of Mathematical Models of Evidence*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2007, vol. 36, p. 107, che sottolineano come il riferimento a una classe costituisca il limite epistemologico della prova statistica.

44. V. Cass., Sez.V, 5 febbraio 2004, Ali Rafour, in *Dir. giust.*, 2004, 9, p. 20. Sul tema v. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2012, p. 224.

45. B. FROSINI, *Il ruolo della statistica nel processo penale*, in De Maglie-Seminara (a cura di), *Scienza e causalità*, Padova, 2006, p. 70. La distinzione tra le diverse categorie non è affatto agevole. V. al riguardo la recente decisione statunitense *Siracusano v. Matrix*, del 22 maggio 2011, che tende ad ampliare il novero dei dati statisticamente rilevanti sotto il profilo del rischio di danno da prodotto farmaceutico e degli obblighi di *discovery* della casa farmaceutica molto al di là degli esiti dei esperimenti randomizzati. V. al riguardo KAYE, *Trapped in the Matrix: The U.S. Supreme Court and The Need for Statistical Significance*, in *Product Safety and Liability Reporter*, 2011, p. 1.

46. B. FROSINI, *Le prove statistiche nel processo civile e nel processo penale*, cit., p. 146. Sulla causalità epidemiologica v. anche BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Torino, 2010, p. 336. Sulla inutilizzabilità nel processo delle rilevazioni epidemiologiche v. di recente PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010, p. 486 ss.

47. V. FILKENSTEIN-LEVIN, *Statistics for Lawyers*, New York, 2001, p. 296. V. BRADFORD-HILL, *The Environment and disease: association or causation?*, in *Proc. Roy Soc. Med.*, 1965, p. 295. Sulla materia v. anche MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*, Milano, 2007, p. 137. Nel senso che “per tipiche applicazioni epidemiologiche ...a seguito di numerose indagini indipendenti e concordanti è emerso con assoluta regolarità che una data esposizione E è causa di aumento della probabilità di ammalarsi della malattia M rispetto alla situazione esistente nella popolazione” v. B. FROSINI, *Le prove statistiche nel processo civile e penale*, cit., p. 147.

48. V. Cass., sez. un. 10 luglio 2002, Franzese, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 767. Nella stessa direzione pare orientato CAPRIOLI, *L'accertamento della responsabilità penale “oltre ogni ragionevole dubbio”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 72. V. anche la recente decisione della *high court* inglese in materia

ogni caso, la giurisprudenza più recente tende a fissare condizioni rigorose per l'impiego degli studi epidemiologici nel processo⁴⁹.

Aderiscono al secondo modello le ipotesi in cui la prova statistica individua non una relazione causale, ma una associazione tra diverse variabili. Si pensi all'esito del test di ipotesi usato al fine di verificare, utilizzando la teoria delle probabilità, se un risultato sia o meno così insolito da rendere altamente improbabile che sia verificato naturalmente⁵⁰.

Così, nel caso Gilbert, l'infermeria Gilbert, imputata di omicidio plurimo, a seguito del verificarsi di un picco inconsueto di decessi al *Veteran's affairs Medical center* di Northampton nel Massachusetts, è stata rinviata a giudizio sulla base del rapporto di associazione – evidenziato dal test di ipotesi – tra il numero dei decessi e gli orari in cui era di turno la Gilbert medesima⁵¹. Nel caso di specie è stata assunta come “ipotesi nulla” quella della indipendenza tra i turni di lavoro della Gilbert e il numero dei decessi. L'ipotesi nulla è stata respinta⁵². L'applicazione del test di ipotesi aveva condotto, infatti, a un *p value* – ovvero a un livello di significatività – talmente estremo da uscire dall'intervallo di variazioni dovute al caso. La medesima analisi statistica non venne, però, ammessa quale prova nel processo di merito sul presupposto che il test di ipotesi evidenziava una relazione di associazione piuttosto che di causalità tra le diverse variabili. La relazione presentata al giudice dagli esperti della difesa a sostegno della esclusione della *statistical evidence* metteva in luce come il test di ipotesi scontasse i limiti tipici di ogni studio osservazionale, i cui risultati potevano rappresentare il riflesso delle variabili analizzate oppure potevano essere influenzati e quindi falsati, nella loro capacità predittiva, da variabili nascoste. Negli esperimenti, invece, il processo di randomizzazione (ovvero di ripartizione in gruppi casuali posti a confronto) tende a uniformare tutte le possibili variabili, anche sconosciute, suscettibili di interferire.

Al di fuori dell'ambito penale, il test di ipotesi è stato applicato in casi di verifica della casualità del processo di selezione di una giuria o di accertamento di discriminazioni nei rapporti di lavoro. La metodologia adottata si incentra sul calcolo delle probabilità che l'esistenza della discriminazione – statisticamente accertata sulla base della proporzione con cui il gruppo sottorappresentato compare nella popolazione complessiva – sia dovuta a una coincidenza. Un basso valore di *p* rende implausibile l'ipotesi di una selezione neutrale e assurge a indice della forza probatoria della *statistical evidence of discrimination*⁵³.

5

SPUNTI RICOSTRUTTIVI DI UNO STATUTO DELLA PROVA STATISTICA NEL PROCESSO PENALE

I diversi modelli di prova statistica ipotizzabili devono essere considerati in relazione alla specifica funzione probatoria rivestita. Così, costituiscono una categoria autonoma di prove statistiche i dati e gli strumenti valorizzati quale prove ancillari funzionali alla valutazione di attendibilità di un altro elemento di prova, tipicamente scaturente dall'assunzione di mezzi di prova tecnico-scientifici. Si pensi ai dati e agli strumenti

civile *Karen Sienkiewicz (Administratrix of the Estate of Enid Costello Deceased) v. Greif (UK) Ltd* [2011] UKSC 10. Sul tema v. MILLER, *Epidemiology in the courtroom: mixed messages from recent British experience*, in *Law Probability and the Risk*, 2012, vol. 11, p. 85.

49. V. Cass., sez. IV, 23 dicembre 2010, Cozzini, cit., in cui si afferma, da un lato, che “l'epidemiologia è nata proprio per condurre con metodo scientifico la verifica critica in ordine alla fondatezza dell'ipotesi eziologica basata sul dato statistico costituito dall'incremento di probabilità, dall'altro lato, che con tutta la cautela suggerita dall'incombente rischio di errore, è ben possibile che possa essere infine enunciata una affidabile relazione causale di tipo probabilistico accolta dalla comunità scientifica”.

50. Sul modello del test di ipotesi v., per tutti, B. FROSINI, *Le prove statistiche nel processo civile e penale*, cit., p. 137.

51. Nel caso di specie erano emersi nei confronti della Gilbert i più fragili tra gli elementi indiziari, inerenti al carattere dell'imputata, ritratta dai colleghi come pervasa da eccesso di zelo e desiderosa di riconoscimento per l'impegno profuso nello sforzo di salvare pazienti la cui vita la Gilbert avrebbe invece consapevolmente messo in pericolo. Completava la piattaforma a carico la inspiegabile diminuzione delle scorte di epinefrina, utilizzata, secondo la prospettazione dell'accusa, per provocare arresti cardiaci a pazienti relativamente giovani e in discreta salute. Per una accurata ricostruzione del caso v. COBB-GEHLBACH, *Statistics in the Courtroom: United States v. Kristen Gilbert*, in *Statistics: A Guide to the Unknown*, Belmont, 2006.

52. Se è sbagliato il respingimento dell'ipotesi nulla (ovvero della innocenza dell'imputato) si configura il c.d. errore di prima specie. V. B. FROSINI, *Le prove statistiche nel processo civile e penale*, cit., p. 137.

53. V. COLB, *Probabilities in Probable Cause and Beyond: Statistical versus Concrete Harms*, in *Law and Contemp. Prob.*, 2010, vol. 73, p. 69; KAYE -M. AICKIN, *Statistical Method in Discrimination Litigation*, New York, 1986; MC CORMICK, *On Evidence*, St. Paul, 1984; PAETZOLD, *Problems with Statistical Significance in Employment Discrimination Litigation*, in *New Eng. L. Rev.*, 1991, vol. 26, p. 395.

concernenti la capacità di discriminazione (ovvero la frequenza statistica) nella popolazione di una caratteristica genetica, ovvero concernenti il margine di errore della tecnica di identificazione dell'apparecchio telefonico dal quale è partita una telefonata di falso allarme. L'ammissibilità di questo genere di prove ancillari deriva immediatamente dal sistema che contempla la categoria dei riscontri alla chiamata in correità e delle prove che servono a stabilire l'attendibilità del testimone⁵⁴.

Ne esce accreditata una rappresentazione della prova statistica a più livelli corrispondenti a diversi modelli della prova medesima⁵⁵. La rilettura in filigrana del codice di procedura penale fornisce lo schema interpretativo all'interno del quale collocare i diversi tasselli che compongono il mosaico della prova statistica.

Così, la definizione del regime di introduzione della prova statistica nel processo penale trova un ineludibile punto di riferimento nei parametri legali di ammissibilità della prova improntati a una presunzione di ammissibilità delle prove richieste dalle parti⁵⁶. Pertanto, l'ammissibilità dei dati statistici va rapportata, *in primis*, a una valutazione di pertinenza-rilevanza del mezzo di prova rispetto al tema di prova dedotto nell'imputazione. Al riguardo, non può negarsi la rilevanza probatoria dei dati epidemiologici rispetto al *thema probandum* costituito dall'imputazione dei reati di disastro ambientale, attesa l'attitudine dimostrativa dei medesimi dati rispetto alla causalità generale. Nel processo Eternit, i due capi di imputazione – omissione dolosa di cautele antinfortunistiche e disastro doloso – ai quali andava ancorato il giudizio di rilevanza delle prove, sono stati costruiti non intorno a singoli eventi lesivi, bensì intorno a un unico evento disastroso verificatosi a danno di una popolazione, caratterizzato dall'aumento dell'incidenza delle patologie tumorali, evento rispetto al quale è chiara la efficacia esplicativa degli studi epidemiologici⁵⁷. E' significativo come il collegio giudicante abbia rigettato la richiesta di esame testimoniale di tutte le parti civili avanzata dagli imputati, sul rilievo che nessuno dei due reati contestati richiedeva, ai fini della relativa integrazione, la "verificazione di lesioni personali o di morti delle persone" e che il relativo accertamento poteva avere luogo "in modo assolutamente impersonale, ad esempio anche attraverso accurate indagini epidemiologiche"⁵⁸. Tenuto conto della fluidità dell'imputazione che caratterizza l'andamento di molti processi penali, appare evidente la difficoltà di escludere per difetto di rilevanza i dati statistici e in specie epidemiologici. Proprio per la struttura della scienza epistemologica, il dato epidemiologico può ritenersi, almeno in talune ipotesi, fatto probatorio della causalità generale.

La causalità generale, ricostruita in questi termini sulla base dei dati epidemiologici, può condurre alla causalità individuale attraverso una inferenza logica. In altre parole, il dato epidemiologico, in quanto fatto probatorio della causalità generale, può essere ritenuto indizio della causalità individuale, assoggettato a un cauto criterio di valutazione ad opera dell'art. 192 comma 2 c.p.p.⁵⁹

54. Definisce sussidiaria la prova finalizzata a fondare la valutazione circa l'attendibilità di un'altra prova, richiamandosi alla nozione di *supportive ancillary evidence*, TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, 1992, p.431.

55. V. FIENBERG-SCHERVISH, *The Relevance of Bayesian Inference for the Presentation of Statistical Evidence and For Legal Decisionmaking*, in *Boston University Law Review*, 1986, vol. 66, p. 783.

56. Sui criteri di ammissione della prova v., per tutti, ILLUMINATI, *Ammissione ed acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2005.

57. Trib. Torino, 13 febbraio 2012, pres. Casalbone, imp. Schmidheiny, in *Dir. pen. cont.*, 17 febbraio 2012, con nota di ZIRULIA.

58. Trib. Torino, ord. 12 aprile 2010, pres. Casalbone, in *Dir. pen. cont.*, 12 aprile 2010.

59. Sui principi sottesi alla valutazione della prova nel nostro sistema v., essenzialmente, AMODIO, *Libero convincimento e tassatività dei mezzi di prova: un approccio comparativo*, in *Ind.pen.*, 1999, p. 3; ID., *La rinascita del diritto delle prove penali. Dalla teoria romantica della intima conviction al recupero della legalità probatoria*, ora in *Processo penale diritto europeo e common law*, Milano, 2003; NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974; ID., *Libero convincimento del giudice: diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1990; ID., Sub art. 192, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da CHIAVARIO, II, Torino, 1990; UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Torino, 1995.

La dottrina e la giurisprudenza prevalenti paiono orientate ad accogliere l'accezione di indizio nel senso di prova indiretta, nel quadro della generale distinzione che contrappone la prova diretta, avente ad oggetto il fatto da provare nelle sue diverse articolazioni, alla prova indiretta, che non ha "direttamente ad oggetto il fatto da provare, bensì un altro fatto" riconducibile al primo attraverso un'inferenza logica. V. GREVI, *Prove*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso-Grevi, Padova, 2006, p. 301. Nello stesso senso v. SIRACUSANO, *Le prove*, in SIRACUSANO-GALATI-TRANCHINA-ZAPPALÀ, *Diritto processuale*

Il confronto con il dato normativo fa emergere, altresì, l'intrinseca ambivalenza delle prove statistiche e in specie dei dati epidemiologici che paiono partecipare a un tempo della natura di elemento di prova – oggetto di apprezzamento da parte del giudice – e di criterio di valutazione delle prove⁶⁰.

Al riguardo, il modello di argomentazione in fatto tracciato dall'art. 192 comma 1 c.p.p. scandisce l'iter valutativo di ogni elemento di prova secondo lo schema fatto probatorio – massima d'esperienza o criterio di valutazione – fatto accertato⁶¹. I criteri inferenziali di valutazione della prova possono essere dimostrati attraverso la c.d. giustificazione esterna. I dati epidemiologici possono fornire la giustificazione esterna rispetto ai criteri di valutazione impiegati nella dimostrazione del rapporto di causalità.

Come è noto, taluni tentativi di imprimere una più forte caratura epistemologica alla formula dell'oltre ogni ragionevole dubbio sono approdati alla conclusione che la mutata regola di giudizio impone la necessità di applicare leggi scientifiche universali o leggi scientifiche statistiche con coefficienti di probabilità prossimi al 100% ai fini della dimostrazione del nesso di causalità⁶².

Tale conclusione pare tuttavia provare troppo. In primo luogo, infatti, la formula BARD non racchiude una regola di giudizio operativa. La portata della formula si lascia apprezzare più sul piano etico-politico che sul piano epistemologico. Questa norma di principio a contenuto costituzionale avrebbe trovato la sua naturale *sedes materiae* nel testo della Costituzione piuttosto che nel codice. La restituzione al canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio del ruolo naturale di cornice di principio consentirebbe di apprezzarne appieno la portata⁶³.

Inoltre, l'art. 533 c.p.p. costruisce la regola Bard come criterio risolutore del fatto incerto il quale, a rigore, opera in una fase – quella decisoria – che si colloca in un momento successivo alla valutazione della prova nel suo complesso. In concreto, le norme sul criterio risolutore del fatto incerto e le norme sulla formazione del convincimento del giudice individuano due versanti della logica del giudizio che rimandano di continuo l'uno all'altro⁶⁴. Il criterio risolutore del fatto incerto proietta i suoi riflessi all'indietro

penale, I, Milano, 2004, p. 350; TONINI, *La prova penale*, Padova, 2000, p. 33. In giurisprudenza v. Cass., sez.un., 21 aprile 1995, Costantino, in *Cass. pen.*, 1996, p. 467, che identifica gli indizi con le prove c.d. logiche o indirette attraverso le quali da un fatto certo si risale attraverso massime di comune esperienza ad uno incerto. Nello stesso senso v. Cass., sez. un., 4 giugno 1992, Musumeci, in *C.E.D. Cass.*, 191231; Cass., sez. I, 30 gennaio 1991, Vassallo, in *Giust.pen.*, 1991, III, 320; Cass., sez. I, 30 giugno 1990, Bencini, in *Riv.pen.*, 1991, p. 429. Analogamente, definisce l'indizio in termini di circostanza non direttamente rappresentativa del fatto da provare Cass., sez. VI, 16 dicembre 1991, Grillo, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2067, con nota di IACOVIELLO, che correttamente rileva come la nostra tradizione giuridica conosca due accezioni di indizio, l'una riconducibile alla nozione di prova indiretta, l'altra riconducibile alla nozione di prova debole (la *probatio minus quam plena* dei pratici medioevali).

Sui criteri di valutazione della prova indiziaria v. DEGANELLO, *I criteri di valutazione della prova penale. Scenari di diritto giurisprudenziale*, Torino, 1995; CATALANO voce *Prova (canoni di valutazione della)*, in *Dig.disc.pen.*, IV agg., a cura di A. Gaito, Torino, 2008.

60. Annovera tra le prove scientifiche le informazioni desumibili da studi epidemiologici CANZIO, *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1193. Tende, significativamente, ad attribuire alle rilevazioni epidemiologiche anche il ruolo di criterio idoneo a fondare il giudizio sul nesso di condizionamento la già citata sentenza delle Sezioni unite, 10 luglio 2002, Franzese, redatta dal consigliere Canzio: "coefficienti medio-bassi di probabilità cd. frequentista per tipi di evento, rivelati dalla legge statistica (e ancor più da generalizzazioni empiriche del senso comune o da rilevazioni epidemiologiche), impongono verifiche attente e puntuali sia della fondatezza scientifica che della specifica applicabilità nella fattispecie concreta. Ma nulla esclude che anch'essi, se corroborati dal positivo riscontro probatorio, condotto secondo le cadenze tipiche della più aggiornata criteriologia medico-legale, circa la sicura non incidenza nel caso di specie di altri fattori interagenti in via alternativa, possano essere utilizzati per il riconoscimento giudiziale del necessario nesso di condizionamento".

61. V., per tutti, AMODIO, *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977.

62. V. STELLA, *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni unite della Suprema corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 814; PALIERO, *Il ragionevole dubbio diventa criterio*, in *Guida dir.*, 2006, n. 10, p. 73.

V., peraltro, sul punto, M. ROMANO, *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche in diritto penale*, in *Scritti per Federico Stella*, Napoli, 2007, p. 914; VIGANÒ, *Riflessione sulla c.d. causalità omissiva in materia di responsabilità medica* in *Riv. it. dir. proc.pen.*, 2009, p. 1679.

63. V. CATALANO, *Norme a contenuto costituzionale nel codice. Il canone dell'“oltre ogni ragionevole dubbio”*, in AA. Vv., *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma. Continuità, fratture, nuovi orizzonti*, Atti del XXI Convegno dell'Associazione fra gli studiosi del processo penale, Milano, Giuffrè, 2012; EAD., *Il concetto di ragionevolezza tra lessico e cultura del processo penale*, in *Diritto penale e processo*, 2011, p. 85 ss.

64. Le norme sulla formazione del convincimento e sulla struttura della motivazione prescrivono un metodo alla stregua del quale verificare il soddisfacimento dello *standard* di prova richiesto. In prospettiva parzialmente diversa v. IACOVIELLO, *Lo standard probatorio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio e il suo controllo in cassazione*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3896. Parte della dottrina legge le norme sulle regole di giudizio come limiti al convincimento del giudice nel senso che ne graduano il livello. V. NOBILI, *Esiti, errori, arbitrii dietro un'illustre formula: gli ultimi trent'anni*, in AA. Vv., *Il libero convincimento del giudice penale. Vecchie e nuove esperienze*, Milano, 2004.

sulla logica del giudizio e sui criteri di valutazione della prova che devono essere rigorosi come è rigorosa la regola di giudizio. Ma tali criteri sono già impliciti nell'assetto logico e normativo del sistema delle prove penali, improntato a canoni di convincimento razionale, che importano la libertà del giudice nella scelta dei criteri inferenziali con l'unico limite della logicità dei medesimi, censurabili in cassazione in sede di controllo della motivazione⁶⁵. Né sarebbe possibile sul piano epistemologico una netta demarcazione tra le categorie di criteri inferenziali utilizzabili (massime d'esperienza, leggi scientifiche a carattere universale o statistico) alla luce del riconosciuto fallibilismo della scienza. Autorevole dottrina ha rilevato come tra proposizioni dell'esperienza corrente e scienza non vi sia un salto netto, ma come l'*episteme* sfumi nella *doxa*⁶⁶. Si pensi alla controversa possibilità di inquadrare entro il paradigma delle leggi scientifiche il modello delle rappresentazioni sociali offerto dalla scienza antropologica e ritenuto suscettibile di impiego nella verifica del nesso causale nel processo alla Commissione Grandi Rischi⁶⁷. Piuttosto si delinea la necessità di stabilire, da un lato, quali studi epidemiologici, e, più in generale, quali conoscenze cliniche, scientifiche e statistiche costituiscano "buona scienza," dall'altro lato, quali criteri interpretativi siano inaccettabili e illogici.

Quanto al primo punto, vengono in rilievo due griglie interpretative, l'una relativa alla definizione dei canoni di validità della prova scientifica, l'altra relativa alla elaborazione di criteri di affidabilità specifici per la prova statistica. Le modalità di introduzione della prova statistica possono passare, infatti, attraverso la testimonianza di un esperto o di più esperti: un epidemiologo; un patologo che metta in evidenza i meccanismi biologici coinvolti nello sviluppo di una patologia a seguito dell'esposizione a un agente; un medico clinico che deponga sullo stato generale di salute del soggetto esposto⁶⁸.

Sotto il profilo della definizione di uno specifico statuto della prova statistica, assume rilievo l'apprendimento e la ricognizione di criteri di affidabilità delle diverse metodologie adottate, trapiantate sul terreno del processo penale. Così, nel caso del Petrolchimico di Porto Marghera, con riferimento alle tipologie di studio tipiche della ricerca epidemiologica, la Cassazione ha dato rilievo, ai fini della esclusione del nesso di condizionamento tra l'esposizione al CVM e l'insorgenza delle patologie di una particolare categoria di lavoratori, alla scorrettezza metodologica dello studio di coorte richiamato dalle parti civili che aveva analizzato "congiuntamente i casi dei lavoratori dipendenti dalle imprese industriali di interesse e quelli delle cooperative che prestavano la loro attività anche in aziende diverse"⁶⁹.

Il secondo tema di indagine verte sull'individuazione di criteri di valutazione della prova che non siano inaccettabili sul piano logico.

La prova statistica e la prova scientifica a struttura probabilistica hanno di regola

65. V. Cass. pen., sez. V, 17 maggio 2006, Mangion, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3537, che attesta una prassi assolutamente prevalente, nonostante un autorevole precedente delle sezioni unite che preclude al giudice il raffronto tra le argomentazioni della sentenza impugnata e "modelli di ragionamento mutuati dall'esterno". V. Cass., sez. un., 23 giugno 2000, Jakani, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1436, con nota di DANIELE, *Una pronuncia delle Sezioni unite sul vizio di motivazione: an e quomodo del giudizio di legittimità*.

Una limitazione astratta dei criteri inferenziali utilizzabili con riferimento a un singolo tema di prova ha potuto evocare un ritorno al sistema delle prove legali. V. PIEMONTESE, *Il principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio tra accertamento processuale e ricostruzione dei presupposti della responsabilità penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 757.

66. FERRUA, *Il libero convincimento del giudice penale: i limiti legali*, in AA. VV., *Il libero convincimento del giudice penale. Vecchie e nuove esperienze*, Milano, 2004, p. 71.

67. V. Trib. L'Aquila, 22 ottobre 2012, Barberi, giud. Billi, in *Dir. pen. cont.*, 21 gennaio 2013.

68. SOAVI GIARETTA, *La spiegazione e la prova del rapporto causale*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1219. V. anche Cass., sez. IV, 23 dicembre 2010, Cozzini, cit.: "anche in presenza di un dato statisticamente significativo, oltre alla correttezza metodologica dell'indagine epidemiologica, assum[e] grande importanza ... la presenza di informazioni d'ordine biologico che spieghino dall'interno i meccanismi della relazione causale che l'epidemiologia stessa ha assunto dalla relazione probabilistica".

La legislazione canadese contempla un embrionale statuto *ad hoc* della prova statistica – limitatamente alla materia della ripartizione del risarcimento in ipotesi di *class action* – che provvede, ad esempio, a distinguere le ipotesi di statistiche provenienti da organi ufficiali e le ipotesi di prove statistiche confezionate *ad hoc* da esperti. In questo ultimo caso è assicurato alle altre parti il diritto di controesame l'esperto. V. *Class Proceedings Act*, 1992.

69. Cass., sez. IV, 17 maggio 2006, n. 4675, Bartalini, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2837, con nota di DI SALVO, *Esposizione a sostanze nocive, leggi scientifiche e rapporto causale nella pronuncia della Cassazione nel caso Porto Marghera*.

natura indiziaria, anche quando sia associato ad esse un coefficiente di probabilità prossimo a 1. Così, la prova statistica costituita dalla probabilità dello 0,999 che una telefonata di falso allarme sia partita da un dato apparecchio telefonico costituisce comunque un indizio, che individua direttamente l'abitazione e solo indirettamente l'autore della telefonata⁷⁰. Deve, quindi, applicarsi, in genere, il principio per cui l'indizio singolo non può fondare una pronuncia di condanna.

La metodologia indiziaria di ricostruzione dei fatti subisce, tuttavia, un parziale correttivo. Infatti, in considerazione della peculiare struttura epistemologica della prova statistica, potrebbe ritenersi necessaria la presenza di prove particolaristiche (*specific o individualized evidence*). Il limite epistemologico della prova statistica pare giustificare, di regola, la necessità di una combinazione della prova indiziaria medesima con una prova di carattere particolaristico.

In questa prospettiva, ad esempio, la prova statistico-epidemiologica della causalità generale funge da indizio della causalità individuale e la prova particolaristica costituisce la fonte di altri indizi⁷¹. La forza della combinazione tra prova statistica e prova particolaristica è saggiata nel corso del momento metodologico successivo costituito dalla verifica della concordanza dei medesimi indizi ovvero della confluenza dei singoli dati probatori verso una ipotesi ricostruttiva unitaria. L'adesione alla ipotesi ricostruttiva così individuata si giustifica sulla base della sua capacità esplicativa dei fatti accertati (momento logico della verifica dell'ipotesi) nonché della preventiva analisi delle spiegazioni alternative (momento logico della falsificazione dell'ipotesi). Tale procedimento falsificazionista di matrice Popperiana è accolto dal nostro codice nell'art. 546 1° comma, lett. e) che, coerentemente con l'impostazione dialettica del rito penale, statuisce l'obbligo del giudice di indicare le prove poste a base della decisione e di enunciare le ragioni per le quali non ritiene attendibili le prove contrarie⁷².

Diversi sono l'impostazione e la soluzione del problema della ammissione e della valutazione della nuda prova statistica. Le frequenze statistiche di base costituiscono, di regola, indizi privi dei requisiti della gravità e della precisione.

L'ammissione della nuda prova statistica (frequenza statistica di base di una caratteristica) richiede la preliminare soluzione di un problema di ordine logico, legato alla individuazione della classe di riferimento entro la quale inquadrare l'evento individuale⁷³. Si pensi alla morte dei bambini di Sally Clark, suscettibile di essere inquadrata entro più classi di riferimento – infanticidio o SIDS – ciascuna delle quali caratterizzata da una diversa frequenza statistica (e probabilità logica). Anche laddove elementi del caso concreto consentano una chiara individuazione della classe di riferimento, residuano obiezioni di principio difficilmente superabili. Lo stesso riferimento ad una classe costituisce un limite epistemologico della prova. I criteri inferenziali che collegano l'evento alla classe di riferimento e la classe di riferimento al tema di prova si fondano su probabilità di tipo stocastico piuttosto che su generalizzazioni causali e, quindi, non appaiono, di regola, compatibili né con il sistema di valori sotteso al vigente rito penale, né con l'esigenza di garantire la funzione cognitiva del processo. Tra l'altro, questa serie di passaggi inferenziali si presta, da un lato, ad integrare l'inammissibile schema logico della *praesumptio de praesumptio*, dall'altro lato, ad agevolare l'epifania di abusi. Così, in un controverso caso giudiziario, la commisurazione della pena inflitta a Charles

70. L'esempio è tratto dal caso Chedzey riportato da ROBERTSON- VIGNEAUX, *Interpreting Evidence, Evaluating Forensic Science in the Courtroom*, Chichester, 1995.

71. Significativamente, la sentenza delle Sezioni unite, 10 luglio 2002, Franzese, cit., assimila al metodo indiziario di ricostruzione dei fatti il modello bifasico di accertamento del nesso causale che si articola nei due stadi successivi della verifica della causalità generale e della verifica della causalità individuale alla luce dell'evidenza disponibile nel caso di specie e della esclusione di decorsi causali alternativi. V. al riguardo TONINI-CONTI, *op.cit.*, p. 170 ss.

72. Nel senso che il criterio della "preferibilità dell'ipotesi" trova nella norma una base testuale rassicurante v. FASSONE, *Dalla «certezza» all'«ipotesi» preferibile: un metodo per la valutazione*, Riv. it. dir. proc. pen., 1995, p. 1104; DE LUCA, *Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito*, in Riv.it. dir. proc. pen., 1992, p. 1263.

73. V. REICHENBACH, *The theory of probability*, London, 1949.

Shonubi, contrabbandiere della droga nigeriano, veniva a dipendere, a norma delle *Federal Sentencing Guidelines*, dalla quantità di droga trasportata non solo nell'episodio oggetto della condanna, ma anche in occasione di altri analoghi episodi per i quali Shonubi non era stato incriminato. Una prima decisione, successivamente annullata, aveva determinato la quantità di droga complessivamente importata (e quindi la misura della pena) moltiplicando la quantità rinvenuta nel caso oggetto del processo per il numero dei viaggi accertati. Nel giudizio di rinvio è stata, quindi, ammessa la prova statistica della media della quantità di droga reperita su contrabbandieri della droga nigeriani in arrivo nello stesso aeroporto nel periodo di tempo compreso tra il primo e l'ultimo viaggio di Shonubi. Nel caso di specie la condanna è stata annullata nuovamente. In tale occasione, la Corte d'appello ha evidenziato la necessità di *specific evidence* a supporto della commisurazione della pena⁷⁴.

Nella ricostruzione dell'intera materia è inevitabile un approccio casistico condotto alla luce dei principi informatori del sistema. Analogamente, autorevole dottrina processualpenalistica ha affermato come sia "fuori discussione che il dato statistico possa legittimamente rientrare in determinati casi nel patrimonio di conoscenze a disposizione del giudice"⁷⁵.

Il problema dell'ammissibilità e del valore probatorio della *naked statistical evidence* si pone in termini parzialmente diversi qualora il tema di prova sia costituito non dal fatto dedotto dell'imputazione ma da un fatto processuale, quale, ad esempio, il presupposto probatorio del fermo di persona gravemente indiziata di reato. La casistica giurisprudenziale statunitense fa registrare casi riletti in termini di dimostrazione statistica della probable cause richiesta per la legittimità di arresti senza mandato⁷⁶.

Nel nostro sistema, non mutano i canoni di razionalità dell'accertamento dei fatti processuali all'interno di un regime delle prove penali che concede pochi margini all'operatività di automatismi e presunzioni⁷⁷. Per converso, appare più difficile negare in toto diritto di cittadinanza alla prova statistica in un ambito, quale è quello dei procedimenti incidentali de libertate, ampiamente caratterizzato dall'operatività di presunzioni legali assolute, basate in fondo, come la statistica, su generalizzazioni tratte dall'esperienza dell'*id quod plerumque accidit*. Emerge al riguardo in concreto uno dei caratteri scomodi del discorso sulla prova statistica: quello di evidenziare i profili di debolezza e di intrinseca contraddizione del sistema probatorio.

L'applicazione della teoria delle probabilità trova il suo ambito privilegiato di applicazione nel secondo stadio della valutazione probatoria: la valutazione della prova nel suo complesso, che scaturisce dalla interpretazione e dal coordinamento di più atti a contenuto probatorio⁷⁸. In questa accezione ricorre il termine "prova" nell'art. 530 c.p.p. che parla di mancanza o insufficienza della prova in ordine alla sussistenza del fatto, alla sua illiceità penale e alla sua commissione da parte dell'imputato⁷⁹. Il secondo stadio

74. V. *United States v. Shonubi*, 962 F. Supp. 370 [E.D.N.Y. 1997]; *United States v. Shonubi*, 103 F. 3d 1085 [2d. Cir. 1997]; *United States v. Shonubi*, 895 F. Supp. 460 [E.D.N.Y. 1995]; *United States v. Shonubi*, 998 F. 2d 84 [2d. Cir. 1993]; *United States v. Shonubi*, 802 F. Supp. 859 [E.D.N.Y. 1992]. Sul tema v. TILLERS, *If Wishes Were Horses: Discursive Comments on Attempts to Prevent Individuals from Being Unfairly Burdened by Their Reference Classes*, in *Law, Probability, and The Risk*, 2005, vol. 4, p. 33-49; ALLEN-PARDO, *The Problematic Value of Mathematical Models of Evidence*, in *J. Legal Stud.*, 2007, vol. 36, p. 107; COLYVAN-REGAN-FERSON, *Is It a Crime to Belong to a Reference Class?*, in *Journal of Political Philosophy*, 2001, vol. 9, p. 168.

75. V. CAPRIOLI, *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 72.

76. V. *Maryland v. Pringle*, 540 U.S. 366 (2003). V. S. F. COLB, *Probabilities in Probable Cause and Beyond: Statistical versus Concrete Harms*, in *Law and Contemp. Prob.*, 2010, p. 69, che si pone il quesito se "arresting two people, one of whom is innocent and one of whom is guilty, is constitutionally distinct from arresting one person for whom the probability of guilt is 0.5".

77. V. CATALANO, *Regole ordinarie sulla prova ed accertamenti complementari*, in *Gli accertamenti complementari*, a cura di Montagna, Giappichelli, 2011; EAD., *L'accertamento dei fatti processuali*, in *Ind.pen.*, 2002.

78. IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Milano, 1997, p. 311. Per l'uso dell'espressione "prova nel suo complesso" v. DOMINIONI, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Milano, 2005, p. 320.

79. SIRACUSANO, *Le prove*, in SIRACUSANO-GALATI-TRANCHINA-ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, I, Milano, 2004, p. 349.

della valutazione probatoria ha costituito terreno elettivo per l'applicazione di modelli di analisi delle vicende oggetto di giudizio in chiave probabilistica, quali il teorema di Bayes⁸⁰.

Il teorema di Bayes, che costituisce il modello formale per aggiornare una probabilità soggettiva, può essere utilizzato al fine di stimare l'impatto sull'ipotesi di colpevolezza derivante dall'introduzione dei singoli elementi di prova e al fine di passare da una probabilità iniziale a una probabilità finale di conferma dell'ipotesi⁸¹. La probabilità che sia vera l'ipotesi H (ad esempio, l'ipotesi di colpevolezza) dato l'elemento di giudizio E è considerata sia in relazione alla probabilità che si dia E se H è vera sia in relazione alla probabilità a priori di H (probabilità a priori dell'ipotesi di colpevolezza), secondo la formulazione convenzionale⁸²:

$$P(H|E) = \frac{P(H) \times P(E|H)}{P(E)}$$

Nel processo penale italiano il teorema di Bayes è stato adottato sporadicamente non al fine fisiologico di valutare l'impatto sulla pregressa probabilità di colpevolezza prodotto da ciascuna delle prove via via introdotte, ma al fine minore di esprimere il grado di attendibilità di singoli elementi di prova. Nell'ambito della esecuzione di una perizia fonica la metodologia bayesiana è stata utilizzata dal perito di ufficio al fine di pervenire a un valore medio di probabilità di esatta identificazione della voce, attraverso l'elaborazione statistica dei risultati dei metodi comunemente adottati in materia⁸³.

Nel processo civile è stato attribuito un ruolo più incisivo alla metodologia bayesiana negli accertamenti di paternità naturale. L'equazione di Essen-Möller, basata sul teorema di Bayes, costituisce la formula più usata in genetica forense per stabilire la probabilità di paternità, calcolata in funzione della distribuzione della frequenza dei marcatori genetici sia nella popolazione di riferimento sia nella coppia madre-figlio. L'equazione di Essen-Möller, nel rielaborare su base statistica i risultati della prova immunogenetica, assume convenzionalmente quale probabilità a priori di paternità il valore 0,5. La giurisprudenza civile, nel rimarcata l'affidabilità del metodo, sottolinea la necessità di elementi sussidiari di riscontro che corroborino l'attribuzione di paternità⁸⁴. La trasposizione nel processo penale di questa metodologia – suscettibile di assumere efficacia dimostrativa rispetto ai reati di violenza sessuale⁸⁵ – si scontra contro il tradizionale ostacolo, difficilmente aggirabile, costituito dal rapporto di sofferenza tra la assegnazione di un valore a priori alla probabilità di paternità (e quindi di colpevolezza) e la cornice costituzionale del processo penale.

L'utilizzo del teorema di Bayes nelle aule di giustizia quale modello del ragionamento

80. V. T. BAYES, *An Essay towards Solving a Problem in the Doctrine of Chances*, in 53 *Philosophical Transactions of the Royal Society of London* 370 (1763).

81. Le origini della concezione soggettivista della probabilità si fanno risalire a RAMSEY, *Truth and Probability*, in *The Foundation of Mathematics and Other Logical Essays*, London, 1931; DE FINETTI, *Teoria delle probabilità*, Torino, 1970. Sull'intera tematica v. di recente FERRER BELTRAN, *La valorisación racional de la prueba* (2007), trad. it., *La valutazione razionale della prova*, Milano, 2012.

82. V. AITKEN-TARONI, *Statistics and the Evaluation of Evidence for Forensic Scientists*, Chichester, 2004, p. 80; REDMAYNE, *Bayesianism and Proof*, in Freeman-Reece, *Science in Court*, Ashgate, 1998; ROBERTSON-VIGNEAUX, *Interpreting Evidence, Evaluating Forensic Science in the Courtroom*, Chichester, 1995. V. anche CALLEN, *Notes on a Grand Illusion: Some Limits on the Use of Bayesian Theory in Evidence Law*, in *Indiana L.J.*, 1982, vol. 57, p. 1; B. FROSINI, *Le prove statistiche nel processo civile e nel processo penale*, cit., p. 174; GARBOLINO, *Nuovi strumenti logici e informatici per il ragionamento giudiziario: le reti bayesiane*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 326. Una più semplice formulazione del teorema di Bayes è recepita spesso nella letteratura giuridica. V. A. MURA, *Teorema di Bayes e valutazione della prova*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1812; FERRER BELTRAN, *La valorisación racional de la prueba*, cit., p. 108.

83. Trib. Torino, 23 dicembre 1991, Leonardi, in *Cass. pen.*, 1992, p.2212.

84. V. Trib. Min. Catania, 24 ottobre 1991, Melli, in *Dir. Famiglia*, 1992, p. 693. V. anche Trib. Min. Venezia, 27 novembre 1986, Pasqual c. Doro, in *Giur. mer.*, 1986, p. 639.

85. Nel sistema statunitense, nel caso *State v. Skipper*, l'analisi bayesiana presentata dal perito – che approdava all'esito di una probabilità di colpevolezza dello 0,997, muovendo da una probabilità a priori di paternità pari allo 0,5 – è stata ritenuta incompatibile con la presunzione di innocenza. V. *State v. Skipper*, 637 A 2d 101 [Conn. 1994]. V., al riguardo, STEIN, *Judicial Fact-Finding and the Bayesian Method: The Case for Deeper Scepticism about their Combination*, in *International Journal of Evidence and Proof*, 1996, vol. 1, p. 25.

probatorio suscita più perplessità, legate alle insuperabili incertezze circa il calcolo della probabilità a priori, nonché all'irriducibile contrasto tra la determinazione della medesima probabilità e i principi informatori del sistema⁸⁶.

Uno dei passaggi logici più criticati e più fragili del teorema di Bayes, ovvero la fissazione di un grado di probabilità a priori, può essere, tuttavia, valorizzato quale elemento idoneo a neutralizzare talune forme di fallacia dell'accusatore, riconducibili proprio alla tendenza dell'accusa a ignorare le probabilità a priori. Così, in un'ipotesi di presunti abusi sessuali verso la figlia da parte di un padre descritto da tutti come un padre eccellente e alla fine proscioltto, l'accusa aveva sviluppato l'argomentazione secondo la quale "...tutte le evidenze mostrano che costui era un padre modello... Quindi, se ...[la figlia] lo accusa, quali altre ragioni avrebbe per farlo, se non dice la verità?"⁸⁷. Questa argomentazione omette tuttavia di considerare il rapporto a priori, ovvero il grado – elevato – di probabilità che un padre premuroso non abbia abusato della figlia.

La prospettiva bayesiana presenta, quindi, margini di utilità in quanto vale a identificare trappole cognitive del ragionamento probatorio⁸⁸. Così la fallacia del condizionale trasposto diviene immediatamente riconoscibile ove rappresentata in termini di confusione tra una verosimiglianza e una probabilità a posteriori ovvero tra la probabilità di riscontrare casualmente la evidenza su un innocente (verosimiglianza dell'ipotesi H dato l'elemento di prova E) e la probabilità di innocenza dell'imputato (probabilità a posteriori di H)⁸⁹.

Nelle applicazioni processuali il teorema di Bayes è formulato in termini di passaggio da un dato rapporto tra le probabilità a priori della colpevolezza e dell'innocenza a un dato rapporto tra le probabilità a posteriori della colpevolezza e dell'innocenza:

$$\frac{P(H|E)}{P(\text{non } H|E)} = \frac{P(E|H)}{P(E|\text{non } H)} \times \frac{P(H)}{P(\text{non } H)}$$

Nel passaggio tra le probabilità a priori e le probabilità a posteriori il fattore determinante è la *likelihood ratio* dell'indizio, costituita dal rapporto tra la probabilità che si dia E (si riscontri l'evidenza) se H è vera (colpevolezza) e la probabilità che si dia E (si riscontri l'evidenza) se H non è vera (innocenza)⁹⁰:

$$LR(\text{indizio } E) = \frac{P(\text{indizio } E|H)}{P(\text{indizio } E|\text{non } H)}$$

86. FERRER BELTRAN, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 110; B. FROSINI, *Il ruolo della statistica nel processo penale*, in De Maglie-Seminara (a cura di), *Scienza e causalità*, Padova, 2006, p. 70; STEIN, *Judicial Fact-Finding and the Bayesian Method: The Case for Deeper Scepticism about their Combination*, in *International Journal of Evidence and Proof*, 1996, vol. 1, p. 25.

87. CHERUBINI, *Trappole cognitive nel ragionamento giudiziario*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1364. V. anche TARONI-AITKEN-GARBOLINO-BIEDERMANN, *Bayesian Networks and Probabilistic Inferences in Forensic Science*, Chichester, 2006.

88. GARBOLINO, *Il ragionevole dubbio e la teoria bayesiana della decisione*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4041.

89. AITKEN-TARONI, *Statistics and the Evaluation of Evidence for Forensic Scientists*, Chichester, 2004, p. 80. Analogamente l'uso di modelli formali del ragionamento probatorio può controbilanciare l'impatto distorsivo dipendente dal modo in cui la prova è presentata, disinnescando, ad esempio, gli effetti indotti dalla *ratio Bias* per cui le persone sono più sensibili ai valori assoluti che al loro rapporto. Il formato statistico della probabilità può essere espresso sotto forma di percentuale o di frequenza, forme matematicamente ma non psicologicamente identiche. V. PASSERINI-MACCHI, *La psicologia dei numeri in tribunale: gli effetti della formulazione della prova del DNA sul giudizio di colpevolezza*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 4371, che evidenziano come le persone siano più propense a emettere una decisione di colpevolezza con la presentazione della prova nella versione target singolo e in formato probabilistico.

90. V. AITKEN-TARONI, *Statistics and the Evaluation of Evidence for Forensic Scientists*, Chichester, 2004, p. 80. Sulla determinazione della *likelihood ratio* v. anche BIEDERMANN-TARONI-CHAMPOD, *How to assign a likelihood ratio in a footwear mark case: an analysis and discussion in the light of R.v. T.*, in *Law Probability and the Risk*, 2012, vol. 11, p. 259; CHERUBINI, *Interferenze indiziarie e distorsioni nella valutazione delle assenze*, in *Cass. pen.*, 2010; BODZIACK, *Traditional conclusions in footwear examinations versus the use of the Bayesian approach and likelihood ratio: a review of a recent UK appellate court decision*, in *Law Probability and the Risk*, 2012, vol. 11, p. 279.

Qualora l'ipotesi H sia il concorso morale dell'imputato nel reato e E l'elemento di prova alibi, la probabilità che l'imputato fosse altrove al momento del reato è identica nelle due ipotesi (colpevolezza o innocenza rispetto all'accusa di concorso morale). La probabilità iniziale di colpevolezza resta invariata. L'elemento di prova alibi è in questo caso irrilevante⁹¹. Secondo un modello di analisi teorizzato da Lempert, il rapporto di verosimiglianza illustra proprio il grado di rilevanza di una prova⁹².

La *likelihood ratio* assume importanza nella valutazione del potere risolutivo di prove tecnico-scientifiche quali la identificazione di una voce⁹³.

Le più recenti tendenze riscontrabili sul terreno dell'approccio bayesiano alla valutazione delle prove si orientano verso la ricerca di una sempre più accurata stima della *likelihood ratio* attraverso gli opportuni aggiustamenti che tengano conto di una serie sempre maggiore di variabili⁹⁴. La ricerca della stima più accurata della *likelihood ratio* può passare anche attraverso la rinuncia ad attribuire alla medesima un valore assoluto e attraverso la determinazione della misura in cui il valore della LR sia influenzato dal valore di un altro parametro (valutazione qualitativa della *likelihood ratio*).

I limiti epistemologici e etici della impostazione bayesiana hanno trovato un parziale correttivo nella costruzione di reti bayesiane ovvero di diagrammi costituiti da vertici o nodi e da frecce che uniscono i nodi illustrando relazioni di dipendenza probabilistica tra le ipotesi e gli elementi di prova. L'uso delle reti bayesiane consente di verificare l'ordine di grandezza dell'impatto che certi cambiamenti hanno su altri parti del problema⁹⁵. Nel *network* bayesiano a ciascun nodo possono essere attribuiti più volte valori differenti per verificare l'effetto di ogni variazione sulle diverse componenti del modello⁹⁶. L'esito finale di queste simulazioni è costituito non da uno o più risultati numerici ma dalle informazioni acquisite circa l'ordine di grandezza dell'impatto che la modifica di talune variabili ha sull'ipotesi di partenza. Ne esce confermato indirettamente l'assunto che il calcolo delle probabilità è importante "non per i numeri ma per la struttura che impone ai nostri ragionamenti"⁹⁷. Il ricorso a modello astratto può valere perfino a frenare il rischio di un processo fatto coi numeri dove ciò che non si può contare non esiste.

Infatti, i modelli probabilistici del ragionamento, comportando una esplicitazione del margine di errore insito in ogni processo inferenziale, possono arginare la deriva scienziata del processo penale evidenziando il carattere irriducibilmente probabilistico del giudizio sul fatto⁹⁸.

L'utilizzo di metodi probabilistici di valutazione delle prove instilla nel giudicante il metodo del dubbio che coincide con il metodo falsificazionista già implicito dal nostro ordinamento. L'interpretazione giurisprudenziale, ad opera delle Sezioni unite, dello standard probatorio BARD in relazione al grado di probabilità logica di conferma

91. V. CATALANO, *La prova d'alibi*, Milano, 1998, p. 101.

92. V. LEMPERT, *Modeling Relevance*, in *Mich.L. Rev.*, 1997, vol. 75, p. 1021.

93. V. CHIMICI, *Profili giuridici del riconoscimento del parlante*, in *Scienza e processo penale*, a cura di Conti, Milano, 2011, p. 383.

94. Tale metodologia ha trovato applicazione nella determinazione della *likelihood ratio* relativa alla frequenza statistica di una data impronta di scarpa che costituiva lo snodo problematico centrale nel caso R. v. T. V. BIEDERMANN-TARONI-CHAMPOD, *How to assign a likelihood ratio in a footwear mark case: an analysis and discussion in the light of R. v. T.*, in *Law Probability and the Risk*, 2012, vol. 11, p. 259. L'analisi delle varie componenti della LR fa emergere il ricorso a un *crime related dataset* relativo alla *footwear mark evidence* rinvenuta sulla scena di crimini analoghi, a un *crime related offender database*, relativo alle impronte di scarpe di autori di reati simili, a un *innocent suspect database*, nonché a un *framework* delle circostanze del crimine e un *framework* relativo allo stile di vita del sospettato. V. anche BIEDERMANN-TARONI, *Evidential relevance in scene to offender transfer cases: development and analysis of a likelihood ratio for offence level propositions* in *Law Probability and the Risk*, 2011, vol. 10, p. 277.

95. V. TARONI-GARBOLINO, *Evaluation of Scientific Evidence Using Bayesian Networks*, in *Forensic Science International*, 2002, vol. 125, p. 90. V. anche AITKEN-TARONI, *Statistics and the Evaluation of Evidence for Forensic Scientists*, Chichester, 2004, p. 420; JENSEN, *Bayesian Networks and Decision Graphs*, New York, 2001. La rappresentazione grafica delle interazioni tra ipotesi e elementi di prova sta vivendo una nuova stagione di fioritura che forse riflette l'accresciuta complessità del conoscere giudiziale. V. già J. WIGMORE, *The Problem of Proof*, in *Ill. L. Rev.*, 1913, vol. 8, p. 77. Di recente v. TILLERS, *Introduction: Visualizing Evidence and Inference in Legal Settings*, in *Law Probability and the Risk*, 2007, vol. 6, p. 1, nonché DAWID-EVETT, *Using a Graphical Method to Assist the Evaluation of Complicated Patterns of Evidence*, in *J. Forensic Sci.*, 1997, vol. 42, p. 226.

96. GARBOLINO, *Nuovi strumenti logici e informatici per il ragionamento giudiziario: le reti bayesiane*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 326.

97. GARBOLINO, *Nuovi strumenti logici e informatici per il ragionamento giudiziario: le reti bayesiane*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 326.

98. SCALFATI, *La deriva scienziata dell'accertamento penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2011, n.5, p. 144.

di una ipotesi corrobora l'adozione di quel metodo falsificazionista che già emerge dal codice⁹⁹. Infatti, il canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio ha una dimensione epistemologica che rinvia, in ultima analisi, a una concezione irriducibilmente probabilistica del giudizio sul fatto. Ma il canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio ha soprattutto una dimensione etico-politica. Tale principio traccia un lineamento fondamentale della fisionomia di un processo, quello penale, deputato a regolare il rapporto tra individuo e autorità. Si tratta, quindi, di un principio avente valore costitutivo dell'ordine giuridico, ovvero avente contenuto costituzionale¹⁰⁰.

La dimensione epistemologica si salda così alla dimensione etico-giuridica del giudizio sul fatto, in un fragile equilibrio che costituisce la chiave di volte delle riflessioni sulla prova statistica. L'assetto attuale del sistema probatorio penale esprime posizioni non di difesa, ma di battaglia, che perseguono uno spostamento in avanti del limite nell'esplorazione del giudizio sul fatto, attraverso la presa di coscienza della necessaria osmosi tra diritto sostanziale e diritto processuale ed eventualmente attraverso l'applicazione di modelli probabilistici che possono accrescere l'accuratezza degli esiti del processo. La logica dei numeri, inquadrata in una cornice ideale di valori, rappresenta una sfida per l'interprete a non arrendersi al mistero del giudizio¹⁰¹.

99. V. Cass., sez. un. 10 luglio 2002, Franzese, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 767; Cass., sez. IV, 7 aprile 2004, n. 25310.

100. V., sui caratteri delle norme costituzionali, V. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 148; GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998.

101. Tuttavia, nessun modello teorico di analisi del giudizio di fatto ha dimostrato efficacia euristica sufficiente a penetrare il mistero del giudizio. V. CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*, in *Riv. dir. proc.* 1950, I, p. 1; F. CARNELUTTI, *Torniamo al giudizio*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, I, p. 165; KOSTORIS, *Giudizio (diritto processuale penale)*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1997. V. anche KAYE, *Do We Need a Calculus of Weight to Understand Proof Beyond a Reasonable Doubt?*, in *Boston U. L. Rev.*, 1986, vol. 66, p. 657; LAUDAN, *Truth, Error and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*, New York, 2006.

US Supreme Court, Jeremy Bentham e il *panopticon* genetico

SOMMARIO

1. PROLOGO. – 2. INTERMEZZO. – 3. LA CORTE SUPREMA. – 4. IL *PANOPTICON* GENETICO – 4.1. IL TRAMONTO DELL'ECCEZIONALISMO GENETICO – 4.2. REGOLE E TRASPARENZA – 4.3. BANCHE DATI NON UFFICIALI – 4.4. LEGISLATORI E SCIENZIATI.

1 PROLOGO

E' un tiepido giorno di aprile del 2009 quando la polizia della Contea di Wicomico (Maryland - USA) arresta Mr. Alonzo J. King. E' un arresto facile per i ragazzi dello sceriffo Mike Lewis, l'uomo che dal 2006 si occupa di vigilare sulla tranquillità dei centomila abitanti di questa piatta propaggine meridionale dello Stato del Maryland. Mr King tira fuori una pistola e la punta verso un gruppo di passanti. Qualcuno lo vede e chiama la polizia.

Inizialmente accusato di tentata lesione aggravata¹, King patteggiava dichiarandosi colpevole di una contravvenzione minore². Come si sa, infatti, il sistema americano prevede che le parti, nel *plea bargain*, possano anche decidere la qualificazione giuridica da attribuire al fatto.

Letto così, sembra niente più che un banale caso di giustizia "minore". Quello che rende la vicenda di Mr. King degna dell'attenzione internazionale è ciò che la polizia di Wicomico, nel rispetto delle leggi del Maryland, fa immediatamente dopo l'arresto di King: il prelievo di un piccolissimo campione di cellule epiteliali, con un tampone infilato a strusciare l'interno di una delle guance dell'arrestato. Ovviamente, non c'era alcun bisogno del DNA di King per legarlo all'episodio della pistola. Lo scopo del prelievo è quello di inserire il profilo genetico di King all'interno della banca dati del DNA dello Stato del Maryland e di quella federale americana (CODIS). E poi di confrontare, periodicamente, quel profilo con tutti gli altri profili provenienti da casi irrisolti e continuamente inseriti nelle due banche dati.

L'operazione dà i suoi risultati, perché il profilo di King risulta corrispondere a quello dell'autore – fino a quel momento senza nome – di una violenza sessuale commessa nel lontano 2003. King, ovviamente, viene accusato anche di questo reato e condannato al carcere a vita.

Ora, se le autorità del Maryland avessero chiesto a King il suo DNA solo dopo la pronuncia della condanna per il porto dell'arma non sarebbe sorta alcuna questione. Da tempo le corti americane hanno stabilito che le persone condannate devono rinunciare ad alcuni dei diritti riconosciuti agli ordinari e onesti (o presunti tali) cittadini³. Ad esempio, i condannati per determinati reati devono accettare l'inserimento in una lista quasi eterna di sospettati, da incrociare costantemente con i dati provenienti dalle differenti scene del crimine.

1. Traduzione inevitabilmente approssimativa di *first degree assault*.

2. In origine *misdemeanor*, espressione che identifica genericamente un reato meno grave del *felony*, punibile con pena pecuniaria o con breve detenzione nella *county jail*.

3. KAYE, A *Fourth Amendment Theory for Arrestee DNA and Other Biometric Databases*, in *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, Vol. 15, No. 4, pp. 1095-1160, 2013.

Il problema, se problema esiste (perché la Suprema Corte, come vedremo, lo esclude), è che il DNA di King è stato prelevato sulla base dell'arresto di polizia. Infatti il *Maryland DNA Collection Act* – adottato nel 1994 e più volte emendato in senso “espansivo” – prevede la possibilità, dal 2009, di inserire nella banca dati del DNA tutte le persone arrestate per reati impicanti l'uso della violenza, anche nella forma del tentativo.

In verità, sono ben 28 gli stati americani che hanno istituito un “*arrestee DNA database*”⁴. Il primo stato ad adottare una legislazione che consentisse il prelievo del DNA da persone arrestate è stata la Louisiana, nel 1997. La legge della Louisiana stabilisce che ogni “*person arrested for a felony, sex offense or other specified offense on or after September 1, 1999.. shall have a DNA sample drawn or taken.. pursuant to the booking procedure*”⁵. Negli anni successivi altri quattro stati hanno adottato regole analoghe. Ma il salto di qualità si è avuto dopo il 2005, allorché il Congresso degli Stati Uniti ebbe ad approvare il *DNA Fingerprint Act*. Con tale atto legislativo, il governo federale – tra le altre cose – consentiva ai singoli stati di “caricare” i profili genetici ottenuti da persone arrestate all'interno del *National DNA Index System* ⁶ (NDIS). Mentre, fino a quel momento, la banca dati nazionale accoglieva solamente i profili delle persone condannate in via definitiva⁷.

Una volta messa la banca dati federale in sincronia con le legislazioni statali più aggressive, ben altri 23 stati hanno rapidamente deciso di approfittare della nuova possibilità, aprendo le porte (con alcune differenze) al prelievo genetico da persone arrestate. E così si è diffusa la prassi del DNA-BC (*Dna Before Conviction*).

2

INTERMEZZO

Naturalmente, mentre tutto questo accade, il dibattito dottrinale e giurisprudenziale, negli Stati Uniti, ferve. La materia è scivolosa e si presta a decisioni contrastate, spesso fondate sui medesimi argomenti usati ora in un senso e ora a contrario.

Un caso interessante, considerato vero e proprio *leading case*, si verifica in Pennsylvania. Il 6 aprile 2009 la polizia di Pittsburgh arresta Ruben Mitchell per possesso di cinque chili di cocaina. Subito dopo l'arresto, il Governo chiede a Mitchell un campione di DNA, sulla base del § 14135a, titolo 42 dello U.S. Code, che consente la raccolta⁸ di campioni di DNA da individui “*who are arrested, facing charges, or convicted*”. Mitchell oppone che il prelievo di materiale biologico prima del giudizio (e in assenza di un ordine del giudice fondato sul requisito della *probable cause*) costituirebbe violazione del Quarto emendamento della Costituzione americana e il caso finisce davanti alla corte distrettuale. Ora, il Quarto emendamento protegge il cittadino americano *against unreasonable searches and seizures*. E' ragionevole, e quindi consentita, la intrusione nella sfera privata del cittadino quando questa è ordinata da un giudice, sulla base di un ragionevole sospetto che la persona abbia commesso o stia per commettere un reato (*probable cause*). In assenza di un *judicial warrant*, l'atto intrusivo può comunque essere ritenuto ragionevole se giustificato dalla presenza di *special needs* che rendono impraticabile l'ordine del giudice ovvero se la totalità delle circostanze del caso concreto fanno ritenere comunque prevalenti gli interessi del governo sulla privacy individuale⁹.

4. Fonte *National Institute of Justice*, <http://www.nij.gov/journals/270/arrestee-dna.htm#note6>.

5. La Rev. Stat. Ann. § 15:609(A) (1) 1998.

6. Si tratta della banca dati nazionale americana che è parte integrante del sistema CODIS e che viene alimentata dai 50 stati americani, dalle autorità federali, da Porto Rico e dal laboratorio di investigazioni criminali dell'esercito degli Stati Uniti. Ampie informazioni possono essere reperite all'interno del sito dell'FBI.

7. Il Combined DNA Index System (CODIS) è stato creato, nel 1994, con il Crime Control Act. Nella prima versione si prevedeva la raccolta dei profili (ovviamente in aggiunta a quelli anonimi, provenienti dalla scena del crimine) da *convicted offenders*. Nel 2000 la categoria degli eleggibili è stata estesa a tutte le persone “ospiti” del Bureau of Prison in quanto condannate per determinati reati e alle persone sottoposte a misure alternative (*probation, parole, supervised release*). Il passo ulteriore si è avuto nel 2005 e 2006, con la inclusione dei soggetti anche solo arrestati o accusati per certi reati.

8. Ovviamente finalizzata all'inserimento in CODIS.

9. Sull'uso alternativo di questi due test si veda KAYE, op. cit., 1101 ss.. Il primo criterio si fonda su una categoria di eccezioni determinate a priori, il secondo su un giudizio commisurato al caso concreto, entro il quale va ricercato – di volta in volta – il criterio della ragionevolezza.

La corte per il distretto ovest della Pennsylvania, con una decisione resa il 6 novembre 2009, dà ragione a Mitchell. Il giudice – premesso che il prelievo di mucosa buccale costituisce *search* e quindi è atto coperto dalla garanzia costituzionale – testa entrambi i criteri di verifica della “ragionevolezza”.

Quanto alla *special needs exception*, la corte puntualizza che essa presuppone la esistenza di particolari condizioni e necessità che vanno al di là di quanto ordinariamente richiesto per l’attività di *law enforcement*. Per contro, non senza ragione si osserva che la raccolta del DNA – BC a null’altro serve che ad alimentare la banca dati federale e le banche dati statali. E le banche dati servono per svolgere normalissima e routinaria investigazione criminale, che rientra appieno nell’attività generale di *law enforcement*. Insomma, non si tratta di un giudizio negativo sul fatto che tale scopo non sia meritevole della massima considerazione. Semplicemente, non sussistono – secondo la corte distrettuale – quelle condizioni di eccezionalità che giustificano una deroga alle comuni garanzie contro ogni *unreasonable intrusion*.

Più articolata è l’analisi della “totalità delle circostanze” e il conseguente giudizio di bilanciamento. Il gioco sta nel valutare, da una parte, il grado di intrusione nella sfera privata determinata dall’atto di perquisizione (*search*) e, dall’altra, il grado per cui quella intrusione è necessaria al fine della tutela di legittimi interessi del governo.

Sotto il primo profilo, la corte distrettuale afferma che, sebbene i soggetti sottoposti a carcerazione preventiva come Mitchell debbano sopportare una flessione nella tutela della loro privacy, legata alla stessa condizione di detenzione, “*the Fourth Amendment does not stop at jailhouse door*”. Ad esempio, sono giustificate le intrusioni determinate da esigenze di sicurezza interne all’istituto di pena¹⁰. Mentre nessuna connessione – secondo la corte – vi è tra queste esigenze e il patrimonio genetico dell’individuo. Quindi Mitchell, rispetto al DNA, conserva intatto il suo diritto alla privacy. E la necessità del prelievo del DNA non può essere neppure invocata per finalità di mera identificazione, giacché – a questo scopo – si può procedere al rilevamento delle impronte digitali, meno “informative” del DNA e altrettanto individualizzanti.

E allora, a questo punto, si deve verificare quale sia il legittimo interesse del governo a sacrificare l’aspettativa di riservatezza di Mitchell in relazione ai suoi geni. L’interesse del governo, ovviamente, è quello di disporre di un database genetico da utilizzare nelle investigazioni criminali. Tuttavia, nel momento in cui la posizione di Mitchell (per il quale vale la presunzione di innocenza fino a sentenza definitiva) viene considerata pari a quella di ogni altro libero cittadino, è chiaro che la raccolta del suo DNA è tanto *unreasonable* quanto lo sarebbe un prelievo ordinato nei confronti di una qualsiasi altra persona non toccata da indagini. In sostanza, la condizione di “sospetto” non è ritenuta sufficientemente qualificante per ritenere prevalente l’interesse del governo.

Sulla base di queste ragioni, la corte distrettuale conclude per la sussistenza della violazione del Quarto emendamento.

La palla, dopo la prima decisione, passa alla corte di appello per il terzo circuito, che deposita la sua decisione il 25 luglio 2011. E qui, tanto per dimostrare che sentenze altalenanti non sono tipiche solo della nostra confusione giurisdizionale, la musica cambia totalmente.

Secondo la corte di appello unico criterio di verifica deve essere quello della *totality of the circumstances*. Detto questo, la corte di appello smonta gli argomenti utilizzati dalla corte distrettuale per sostenere la specialità del dato genetico rispetto ad ogni altro strumento identificativo più tradizionale. Sebbene il DNA rechi in sé un potenziale informativo assai ampio, i limiti che la legge impone al suo utilizzo¹¹ e le sanzioni previste

10. Tipica ipotesi è la perquisizione della cella.

11. La corte cita il fatto che i *marker* sono collocati solo sul c.d. *junk DNA* (cioè non informativo). La corte considera anche la ipotesi di futuri sviluppi tecnologici che dovessero permettere di ricavare dal *junk DNA* informazioni più ampie di quelle odierne. In questo caso, si dice, il *balancing test* andrebbe rifatto e andrebbe riconsiderata la costituzionalità della normativa vigente.

per un uso non autorizzato, dovrebbero rendere concretamente inesistente la possibilità di un impiego che vada al di là della mera identificazione. In altre parole, il profilo del DNA null'altro sarebbe che un *fingerprint for the twenty-first century*. Quindi bisogna vedere quali sono le legittime aspettative di Mitchell circa il grado di protezione della sua "identità". Nessun dubbio, dice la corte di appello, che prendere le impronte – genetiche o digitali – di tutti i cittadini, al di fuori di ogni sospetto, violerebbe il Quarto emendamento. Ma Mitchell – e qui la divergenza con la corte distrettuale è netta – non è affatto un cittadino come gli altri. Il solo fatto di perdere la propria libertà per effetto di un legittimo arresto, che ha già superato il vaglio della *probable cause*, determina anche la perdita di una parte dei propri diritti alla *personal privacy*. Quando una persona viene arrestata perché sospettata di un reato sulla base di elementi concreti, l'interesse del governo alla sua identificazione è prevalente e non può essere invocata alcuna *privacy*.

3

LA CORTE SUPREMA

Torniamo ad Alonzo King, che abbiamo lasciato in un carcere del Maryland. King non accetta la condanna per violenza sessuale, basata sul DNA raccolto dopo l'arresto per le minacce con l'arma. Egli sostiene che la legge del Maryland, che permette la raccolta del DNA dalle persone arrestate, è incostituzionale per violazione del solito Quarto emendamento. Il giudice di primo grado respinge gli argomenti di King. La corte di appello del Maryland, in una decisione a maggioranza, ribalta il giudizio di primo grado e scrive che "*King's expectation of privacy is greater than the State's purported interest in using King's DNA to identify him*". La corte suprema degli Stati Uniti, tenuto conto del permanere di differenti orientamenti sia tra le corti statali che federali, decide di intervenire per mettere la parola fine alla disputa¹².

Tanto per evitare ogni suspense, diciamo subito che la decisione conferma la legittimità costituzionale della norma contesa: prendere il DNA dalle persone arrestate si può. Ma interessante è anche il percorso argomentativo, che si snoda nelle parole del giudice Kennedy, storico *swing voter* della corte e autore della opinione di maggioranza.

La corte suprema condivide l'idea di una sostanziale prossimità concettuale tra DNA *fingerprinting* e *fingerprinting* tradizionale. Tutti e due sono strumenti di identificazione fondamentali per accertare la identità reale dell'arrestato ed acquisire informazioni critiche sulla sua storia criminale. La identificazione genetica degli arrestati, secondo la legge del Maryland, "*is no more than an extension of methods of identification long used in dealing with persons under arrest*". Il giudice Kennedy insiste molto sul fatto che la legge del Maryland consente l'utilizzo del materiale genetico solo ai fini di identificazione, senza la possibilità di derivarvi alcuna altra informazione e con l'obbligo di distruzione nel caso in cui non si arrivi alla condanna. E dunque il sacrificio della intangibilità del singolo, richiesta da questa attività, è minima secondo la corte ed è circoscritta alla introduzione di un tampone buccale con il quale viene sfiorata la guancia del soggetto interessato. Inoltre, l'aspettativa di tutela della propria *privacy*, da parte di soggetti sottoposti a legittimo arresto è diminuita rispetto a quella del cittadino "medio".

"*Diminished expectations of privacy*" e "*minimal intrusion*" sono le parole chiave per arrivare alla conclusione che l'interesse del governo alla corretta identificazione dell'arrestato pesa più di quello dell'arrestato contro ogni intrusione personale.

La decisione della suprema corte, a testimonianza di come si tratti di temi comunque fortemente dibattuti, viene assunta a risicata maggioranza. E non stupisce che la voce contraria venga proprio dall'ala destra, capeggiata da Antonin Scalia.

Nella sua *opinion* di minoranza, Scalia mette il dito nella piaga. Sia nella decisione della maggioranza della corte suprema che nella decisione di appello del caso Mitchell il grimaldello per scardinare il Quarto emendamento è rappresentato dalla riduzione

12. Maryland v. King, 569 U.S., 12-207 (2013).

4 IL PANOPTICON GENETICO

del DNA *fingerprinting* a mero strumento di identificazione, lasciando sullo sfondo le finalità investigative correlate alla raccolta intelligente delle impronte genetiche.

Scalia, con il suo consueto stile effervescente, stigmatizza la ipocrisia di questa impostazione: “*The Court’s assertion that DNA is being taken not to solve crime, but to identify those in State’s custody, taxes the credulity of the credulous*”. Il punto è, secondo Scalia, che indipendentemente dal grado di invasività, perquisizioni (*searches*) non sorrette da un ragionevole sospetto di colpevolezza non possono essere mai consentite se il loro obiettivo è investigativo. E, nel momento in cui l’arrestato viene sottoposto a prelievo del DNA, nei suoi confronti non esiste alcun indizio di reità in relazione ai reati che gli potranno essere successivamente addebitati solo grazie al confronto del suo DNA con i profili inseriti nella banca dati. Quindi la sua condizione, rispetto al prelievo, è in tutto identica a quella di qualsiasi altro cittadino.

“*Solving unsolved crimes – dice Scalia – is a noble objective, but it occupies a lower place in the American pantheon of noble objectives than the protection of our people from suspicionless law-enforcement searches... I doubt that the proud men who wrote the charter of our liberties would have been so eager to open their mouths for royal inspection*”.

Jeremy Bentham, filosofo utilitarista e teorico della riforma legale britannica, concepiva, nel 1791 circa, un carcere modello in cui un solo guardiano avrebbe potuto controllare i detenuti in tutti le celle. La struttura dell’edificio prevedeva una torre centrale circondata da una costruzione circolare, all’interno della quale erano poste le celle. Posto alla sommità della torre, il carceriere poteva osservare tutti i detenuti senza che questi, grazie a un gioco di luce, potessero accorgersi di essere visti. Di qui il nome di *panopticon* (“che fa vedere tutto”).

Ben presto si costruiscono carceri panottiche in tutto l’occidente: a Filadelfia, a Manchester, a Parigi¹³, a Milano, dove il carcere ottocentesco di S. Vittore è ancora in piena attività. E poi Miyagi, in Giappone, dove il modello panottico riflette le profonde trasformazioni istituzionali dell’epoca Meiji. Perché il rapporto diretto tra imperatore e popolo, senza la mediazione dei signori feudali (*daimyo*) trova la esatta trasposizione nel modello di relazione tra prigioniero e guardiano¹⁴.

Il panotticismo – reso noto in tutto il mondo dagli scritti di Michel Foucault¹⁵ – diviene metafora del potere che controlla non visto, del potere che forgia la “società disciplinare”, in cui essere osservati induce a rispettare le regole.

E che cosa è una banca dati del DNA se non in *panopticon* genetico? Che cosa è se non uno strumento che osserva le condotte degli individui attraverso la loro traccia biologica?

Chiedersi, oggi, se sia giusto – *wise* è la parola che usa Scalia nella sua *dissenting opinion* – costruire un artefatto di questo genere è una domanda che non ha più senso concreto. 54¹⁶ paesi nel mondo hanno, attualmente, una banca dati del DNA ad uso forense. Tra questi troviamo non solo paesi culturalmente vicini a noi, come quelli europei o di matrice anglosassone; ma anche Egitto, Corea, Giappone, Giordania, Bahrein, probabilmente Iran... e molti altri se ne aggiungono giorno dopo giorno. CODIS (USA), il database più vasto, ha superato i 10 milioni di profili riferibili a soggetti identificati. E anche la Corte europea dei diritti dell’uomo (CEDU), nel famoso caso *S. and Marper vs. The United Kingdom*¹⁷ – in cui ha censurato la politica inglese di conservazione

13. La Grand Roquette in Rue de la Roquette, inaugurata l’11 settembre 1830 e disegnata dall’architetto Lebas.

14. NAKAGAWA, *Introduzione alla cultura giapponese – Saggio di antropologia reciproca*, Milano, 2006, 75 ss.

15. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, Torino, 2004.

16. Il dato, aggiornato al 2011, è già vecchio. Cfr. *National Forensic DNA Databases*, <http://www.councilforresponsiblegenetics.org/dnadata/fullreport.pdf>

17. Per un commento alla decisione si rinvia a GENNARI, *Genetica forense e codice della privacy: riflessioni su vecchie e nuove banche dati*, in. *Resp. civ. prev.* 2011, 1184 ss.

indiscriminata dei campioni anche di persone scriminate da ogni accusa – ha riconosciuto che le banche dati del DNA perseguono il legittimo obiettivo di contrastare il crimine.

E allora il tema centrale – che traspare anche dal caso di Alonzo King – non è più quello del “se”, ma del “come”; della cornice all’interno della quale può avvenire la raccolta dei dati genetici. Questo tema è, nel nostro paese, particolarmente attuale. O almeno così dovrebbe essere avvertito dalla dottrina e dagli operatori del settore. Perché, come si sa, con legge n. 85 del 30 giugno 2009 anche l’Italia si è dotata di una legge istitutiva di una banca dati forense del DNA¹⁸. In realtà, dopo oltre quattro anni dal varo della legge, la banca dati deve ancora vedere la luce. Esistono i laboratori, completamente attrezzati. Ma, al momento in cui si scrivono queste righe, manca ancora il regolamento attuativo che dovrà definire gli aspetti tecnici della raccolta genetica. E soprattutto manca il personale che dovrà gestire la banca dati nazionale.

Peraltro, il fatto di arrivare buoni ultimi ci obbliga a mettere a frutto i risultati del dibattito etico e giuridico già molto avanti nei paesi in cui la banca dati del DNA è da anni una realtà importantissima. Decisioni come quella della corte suprema americana dovrebbero rappresentare motivo di riflessione per arrivare preparati ad analoghi interrogativi che inevitabilmente saranno sollevati pure da noi, una volta che la banca dati nazionale diverrà una realtà tangibile e concreta.

Di seguito una serie di considerazioni per contribuire, pur modestamente, alla discussione.

4.1

IL TRAMONTO DELL’ECCEZIONALISMO GENETICO

Prima di tutto un approccio genetico-centrico appare oggi riduttivo. I problemi posti dalla raccolta e uso del DNA sono sovrapponibili a quelli legati all’utilizzo di molti altri dati antropometrici (fotografie, impronte digitali, iride, geometria della mano, riconoscimento facciale ..)¹⁹. Una delle maggiori preoccupazioni²⁰ legate all’utilizzo del DNA e cioè la possibilità di derivare, da esso, informazioni concernenti dati sensibili della persona (condizione di salute, etnia, caratteri somatici..) non è affatto esclusiva di questa tecnica. Ad esempio, la convinzione che le impronte digitali altro non siano che segni casuali, utili per differenziare una persona da un’altra è culturale, non scientifica. Esiste ampia letteratura medica in cui si evidenzia una correlazione specifica tra la presenza di caratteristiche anomale nella *friction ridge skin*²¹ e patologie come schizofrenia, diabete, alterazioni cromosomiche, leucemia, Alzheimer e altro²². Così come diversi studi ritengono che dalle impronte digitali possano essere ottenuti informazioni sulla origine etnica del soggetto²³. Mentre è del tutto superfluo, tanto per dire, ricordare come il riconoscimento facciale possa fornire un gran numero di informazioni personali accessorie, oltre a soddisfare il mero scopo di individualizzazione.

Una tecnologia in rapida crescita e attualmente in uso in Giappone è quella del riconoscimento del tracciato delle vene del palmo della mano (*vein pattern*) attraverso una fotografia a raggi infrarossi. Attualmente non sono disponibili dati su possibili correlazioni tra l’utilizzo di questa tecnica e il disvelamento di determinate condizioni di salute. Tuttavia, già oggi questa relazione è ipotizzabile²⁴.

18. Commenti si possono trovare in GENNARI, *Bioinformazione e indagini penali: la legge n. 85 del 30 giugno 2009*, in Resp. Civ. prev., 2009, 2630; AA.VV., *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, Padova, 2009; AA.VV., *Banca dati del DNA e accertamento penale* (a cura di Marafioti – Luparia), Milano, 2010.

Di recentissima pubblicazione l’ottimo e documentato lavoro di R. VALLI, *Le indagini scientifiche nel procedimento penale*, Milano, 2013.

19. Da ultimo si legga la *Opinion 3/12 on developments in biometric technologies*, adottata il 27 aprile 2012 dal Data Protection Working Party europeo.

20. Ovviamente preoccupazione c’è dal punto di vista della tutela della privacy. Visto dal lato del *law enforcement* è un punto di forza del *DNA fingerprinting*.

21. Espressione che non ha corrispondenza in italiano e che denota i caratteri delle impronte digitali.

22. KAYE, op. cit., 1142.

23. *Opinion 3/12 on developments in biometric technologies*, cit., 21.

24. Alcuni autori ritengono che vi possa essere una correlazione con la ipertensione o altre anomalie vascolari.

Più in generale, il tumultuoso processo tecnologico fa predire che, nel breve tempo, saranno disponibili sempre nuove tecnologie, così come quelle vecchie incrementeranno la loro capacità informazionale.

Quindi, tutte le banche dati biometriche – non solo quelle ad uso forense – pongono comuni problemi di bilanciamento con concorrenti diritti; problemi che sono essenzialmente definibili e risolubili in termini di scopo della raccolta e proporzionalità rispetto ad esso.

4.2

REGOLE E TRASPARENZA

Scrivono i giudici della Corte europea dei diritti dell'uomo nel noto caso *S. and Marper vs. The United Kingdom*: “*it is as essential, in this context, as in telephone tapping, secret surveillance and covert intelligence-gathering, to have clear, detailed rules governing the scope and application of measures, as well as minimum safeguards concerning, inter alia, duration, storage, usage, access of third parties, procedures for preserving the integrity and confidentiality of data and procedures for its destruction, thus providing sufficient guarantees against the risk of abuse and arbitrariness*”. Cioè, è fondamentale avere regole chiare e garanzie rigorose contro ogni possibile *misuse* della informazione genetica. Non dimentichiamo che la esistenza di una legislazione di questo genere, nello stato del Maryland e a livello federale, si è rivelato uno degli argomenti decisivi per indurre la corte suprema americana a confermare la legittimità del DNA – BC. Questa condizione è soddisfatta dalla legislazione italiana? Qualche dubbio, e forse anche di più, è lecito nutrirlo.

Come si è detto, la legge n. 85 del 2009 ha introdotto, anche in Italia, le norme necessarie per la istituzione e il funzionamento della banca dati nazionale del DNA ad uso forense. In realtà, dopo quasi quattro della banca dati si vede appena l'ombra²⁵. Ma, al di là di questo, la legge contiene diverse lacune e imperfezioni che attendono ancora di essere risolte. Tra le varie cose, è imprecisa la indicazione della “qualità”²⁶ del dato genetico che potrà essere ammesso alla banca dati, manca una disciplina efficace²⁷ della cancellazione dei profili di indagati nei cui confronti sia pronunciato un provvedimento di proscioglimento o archiviazione, manca una disciplina della durata della conservazione di dati e campioni, manca una esplicita indicazione del carattere necessariamente anonimo del “reperto biologico”, manca una disciplina su alcune modalità particolari di ricerca su banca dati come il *familial searching*²⁸... Molte cose potranno e dovranno essere sistemate con l'adozione dei regolamenti attuativi che ancora devono vedere la luce. Almeno questo è l'auspicio.

Quello che, invece, è del tutto assente è una presa di posizione esplicita sulle tante, probabilmente troppe banche dati semiufficiali, costituite dalle varie forze di polizia. Queste banche dati costituiscono, tutt'ora, un buco nero per le quali non valgono neppure quelle regole minime sulle metodologie di analisi dei campioni²⁹ che invece si applicheranno alla banca dati nazionale.

4.3

BANCHE DATI NON UFFICIALI

E qui veniamo al terzo punto, strettamente legato a quello precedente: quello della *confidence* che la collettività deve potere avere circa il corretto e trasparente uso delle banche dati da parte della pubblica autorità. Fiducia nell'operato delle forze di polizia vuole dire, ad esempio, disponibilità a collaborare negli screening genetici di mas-

25. Tanto che, come precisa il Tribunale del Riesame Brescia, Ordinanza 27 settembre 2012, al momento non è possibile procedere a prelievo biologico ai sensi dell'articolo 9, legge n. 85/2009. Questo, proprio perché la banca dati non è ancora operativa.

26. Espressa dalla certificazione del laboratorio che procede all'analisi.

27. E, soprattutto, coerente con le indicazioni della CEDU in *S. and Marper vs. United Kingdom*.

28. Su tutti questi profili rinvio a GENNARI, *La istituzione della banca dati del DNA ad uso forense: dalla privacy alla sicurezza*, in AA. VV., *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, Padova, 2009, 44 ss.

29. Ad esempio il divieto di analizzare sequenze di DNA in grado di rivelare patologie (art. 11, legge n. 85/2009).

sa³⁰ e sostegno alle politiche di allargamento delle banche dati. La strada del dibattito pubblico, ad esempio, è quella che è stata seguita in Inghilterra³¹, dove il National DNA Database gode di ampio sostegno da parte della pubblica opinione.

Nel giugno scorso, negli Stati Uniti, è esplosa un'aspra polemica legata alla scoperta di un gran numero di banche dati genetiche, organizzate autonomamente dalle varie forze di polizia "under the radar"³². Cioè al di fuori dell'operato ufficiale dell'F.B.I. e dei vari *forensic laboratories* statali. Pochi stati americani hanno una legislazione che regoli banche dati "locali". In Alaska sono esplicitamente proibite. In California e Hawaii sono esplicitamente consentite. In tutti gli altri stati, come in quello di New York, sono semplicemente ignorate. E così la polizia di New York ha ammassato 11.000 profili di potenziali sospetti per reati presenti e futuri. Talvolta la polizia raccoglie non solo i profili dei possibili colpevoli, ma anche quelli delle vittime. E pure le vittime finiscono nella banca dati casalinga.

La notizia rimbalza al di là dell'oceano. I media nostrani presentano la rivelazione con preoccupazione. "Fantascienza?" si chiede stupita RaiNews 24. Si parla di datagate³³, di migliaia di persone schedate³⁴, addirittura di una nazione – gli Stati Uniti – "dalle sfumature orwelliane"³⁵.

E invece, sorvolando sulla corta memoria della stampa locale, nessuno si sarebbe dovuto stupire qui da noi. Quello che è incredibile non è la notizia battuta dal New York Times, ma la totale indifferenza per quello che succede a casa nostra. Sì, perché risale al 2006 la emersione di una banca dati del DNA, organizzata dal RIS dei Carabinieri e contenente – secondo gli accertamenti condotti dal Garante della Privacy – 19.000 profili, 11.000 dei quali appartenenti a persone identificate nel corso di indagini ma mai indagate³⁶. Persone tra le quali vi sono comprese le vittime del reato per il quale si indagava. Oggi, a distanza di sette anni, è semplicemente ridicolo pensare che questo numero non sia cresciuto in maniera significativa. Della altre forze di polizia nulla si conosce di certo. Poi ognuno potrà fare le sue deduzioni.

All'epoca, quando venne fuori la notizia, quasi nessuno scrisse nulla. Ma si sa che le notizie dal sapore *yankee* sono sempre più "sexy" per i nostri organi di informazione.

Naturalmente – ci tengo particolarmente a sottolinearlo – non è in discussione la totale buona fede di chi organizza queste banche dati. Si vogliono solo assicurare più colpevoli alla giustizia e non certo sorvegliare i modo occulto i cittadini. Ma il tema centrale non è questo. Nessun buon proposito dovrebbe giustificare scelte opache, scelte che minano la fiducia – già non particolarmente elevata – che i cittadini hanno verso le istituzioni, scelte che possono fare pensare che dietro una richiesta di collaborazione magari ci può essere chissà quale strana manovra.

4.4

LEGISLATORI E SCIENZIATI

Ultimo aspetto che voglio trattare è quello delle scelte tecniche, che in realtà solo tecniche non sono, relative all'analisi del DNA. Ad esempio, l'articolo 11 della legge n. 85 del 2009 dice che la tipizzazione del profilo "è eseguita sulla base dei parametri riconosciuti a livello internazionale e indicati dall'European Network of Forensic Science

30. Uno screening di massa, a leggere i giornali, è quello che è stato fatto nel caso dell'omicidio di Yara Gambirasio. A quanti "volontari" a cui è stato chiesto un campione biologico per l'analisi del DNA è stato spiegato il significato di quella attività? e che fine faranno ora quei campioni e quei profili? Nessuno lo può dire.

31. Dallo *Human Genetics Commission, National DNA Database – Proposed Report, Paper HGC09/P11*: "There should be a clear definition of purpose for the National DNA Database. This should follow from public and parliamentary debate and be enshrined in primary legislation. The Government should encourage vigorous public debate about the database. The HGC's experience has shown that members of the public can grasp the issues in their complexity and contribute to the understanding of policy makers. The Government has nothing to fear from open public debate on this issue".

32. *Police Agencies are Assembling Records of DNA*, The New York Times, 12 giugno 2013.

33. *Libero Quotidiano*, 13 giugno 2013.

34. *Il Giornale*, 14 giugno 2013.

35. *Il Sole24Ore*, 14 giugno 2013.

36. Maggiori particolari, anche sulla collocazione normativa di questa banca dati, in GENNARI, *Genetica forense e codice della privacy: riflessioni su vecchie e nuove banche dati*, in *Resp. civ. prev.* 2011, 1184.

Institutes (ENFSI)". Sostanzialmente i *loci*³⁷ esaminati sono quello stabiliti da ENFSI. Ma la scelta dei *loci* è un dato che ha implicazioni che vanno ben al di là della mera efficacia identificativa e non può essere attribuita, con una sorta di delega in bianco, ad un organismo tecnico internazionale. Mi spiego meglio con un esempio concreto. La genetica somatica³⁸, cioè la capacità di predire caratteri somatici (capelli, occhi, pelle, età, morfologia facciale) sulla base della analisi genetica sta compiendo rapidi passi. La banca dati nazionale inglese, peraltro, è già organizzata su base etnica. Cioè i profili sono catalogati in ragione della appartenenza etnica del "proprietario" del campione, desunta dalle sue caratteristiche genetiche. Ed è proprio in Gran Bretagna che il *forensic phenotyping* sta crescendo rapidamente.

L'Olanda è stata la prima nazione ad introdurre una specifica regolamentazione di questi aspetti con un emendamento introdotto addirittura nel maggio del 2003 e quindi con largo anticipo rispetto a quelli che sarebbero stati gli sviluppi tecnologici degli anni successivi. Secondo questa normativa è possibile derivare tratti somatici dal DNA nei limiti in cui siano tratti esteriormente visibili. La ragione, evidentemente, è quella di evitare che il soggetto interessato venga, incidentalmente, a conoscenza di caratteristiche che lo riguardano e che lui ignorava³⁹. Inoltre la indagine fenotipica – ma questo dovrebbe essere ovvio – è consentita solo se utile alla investigazione criminale. Altri due paesi europei, Belgio e Germania, si occupano del tema esplicitamente vietando la ricerca di tratti diversi dal sesso. Al di là di questo, in Europa non vi è regolamentazione. Mentre è già stato osservato come l'uso legislativo di espressioni del tipo "regioni codificanti" o "non codificanti" del DNA sia ormai non più attuale⁴⁰.

Ora, qui non interessa stabilire quale legislazione sia migliore o peggiore. Così come è evidente quale sia la notevole utilità potenziale, per indagini criminali, di conoscere caratteristiche fisiche del colpevole⁴¹. Quello che si vuole mettere in luce è che il mantra del *junk DNA*, del DNA che non codifica e non dice niente, utilizzato anche alla Corte Suprema degli USA nel caso Maryland v. King, è semplicemente smentito dalla realtà delle analisi forensi.

L'esempio della genetica somatica è solo uno. Si potrebbero aggiungere altre tecniche di analisi, come il *familial searching*, che pongono interrogativi legali ed etici diversi dall'ordinario DNA *fingerprinting*.

Su tutte queste cose, è la mia convinzione, deve decidere il legislatore, non il tecnico di laboratorio. Magari si autorizzerà tutto, ma deve essere il legislatore a compiere il bilanciamento tra gli eventuali diritti ed interessi in gioco.

37. Cioè le sequenze di DNA.

38. Sugli aspetti tecnici si rinvia a PICCININI, *Identikit genetico: la nuova frontiera delle indagini forensi*?, in *Bioclinica chimica*, 2010, vol. 34, n. 2, 120 ss.

39. M'CHAREK, *Silent Witness, Articulate Collective: DNA Evidence and the Inference of Visible Traits*, in *Bioethics*, 2008, vol. 22, 9, 519-528; KOOPS-SHELLEKENS, *Forensic DNA Phenotyping: Regulatory Issues*, in *The Columbia Science & Technology Law Review*, vol. IX, 2008, 169.

40. PICCININI, op. cit., 123.

41. Mentre non giustificata e sicuramente più problematica sarebbe la ricerca di questi tratti sulle c.d. tracce mute o sul DNA della vittima.

La “vicenda Drassich” si ripropone come crocevia di questioni irrisolte

Nota a Cass., Sez. II pen., 12 settembre 2013, n. 37413.

SOMMARIO

1. BREVI CENNI RIASSUNTIVI. – 2. LE QUESTIONI SUL TAPPETO – 3. RAPPORTI TRA LA “NUOVA REVISIONE” E ALTRE FORME DI *RESTITUTIO IN INTEGRUM* – 4. VIOLAZIONI CONVENZIONALI E INVALIDITÀ INTERNE – 5. RIFLESSIONI CONCLUSIVE.

1

BREVI CENNI RIASSUNTIVI

La nota vicenda Drassich è ancora una volta approdata all'attenzione della Corte di cassazione, a seguito della richiesta di revisione formulata dal ricorrente alla Corte d'appello di Trento, sulla base dell'interpolato testo dell'art. 630 c.p.p., dichiarato incostituzionale «nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo»¹.

E' risaputo, infatti, che il giudizio di cognizione nei confronti del ricorrente si era concluso, nel 2004, con una pronuncia di rigetto del ricorso per cassazione proposto dall'imputato², rigetto motivato dall'infondatezza di tutti i motivi, ivi compreso quello riferito alla pretesa prescrizione del reato contestato (art. 319 c.p.), stante la necessità, colta dal giudice della legittimità, di mutare seduta stante la qualificazione dei fatti in altra più grave fattispecie (art. 319 *ter* c.p.), non attinta da prescrizione. Ne conseguiva il passaggio in giudicato della sentenza e il ricorso dell'interessato alla Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale riscontrava nei fatti qui sinteticamente riportati una violazione dell'art. 6§§ 1 e 3 lett. *a* e *b* C.e.d.u., non essendo stato l'imputato «avvertito della possibilità di una riqualificazione dell'accusa contestata e, ancor meno, messo in condizione di discutere in contraddittorio il nuovo *nomen iuris*»³. Pertanto, proseguiva la Corte europea, «un nuovo processo o una riapertura del procedimento a richiesta dell'interessato, rappresenta, in linea di principio, un modo appropriato di rimediare alla violazione rilevata» (§ 46). In assenza di specifici rimedi interni, il ricorrente vittorioso domandava al giudice dell'esecuzione di dichiarare ineseguibile il titolo *ex* art. 670 c.p.p., sulla scorta di alcuni pregressi esempi offerti dalla giurisprudenza della Corte di cassazione⁴. Nel decidere il ricorso proposto avverso la sentenza del giudice dell'esecuzione di parziale accoglimento, la Corte di cassazione, sesta sezione, applicava in via estensiva l'art. 625 *bis* c.p.p. – e l'art. 384 c.p.c. – annullando parzialmente la propria pronuncia del 2004 e ricelebando il giudizio di cassazione soltanto in relazione

1. Così il dispositivo di C. cost., 7.4.2011, n. 113.

2. Cass., Sez. VI, 4.2.2004, n. 23024.

3. Così C. eur., 11.12.2007, *Drassich c. Italia*, § 36.

4. Al tempo, il tema della ipotesi di ineseguibilità del giudicato contrastante con la Convenzione europea era stato ampiamente discusso. Tra i numerosissimi interventi v. A. SCALFATI, *I giudici offrono un «rimedio tampone» in attesa che si colmi il vuoto legislativo*, in *Giuda dir.*, 2007 (9), 80 ss.; M. CHIAVARIO, *Un quadro di luci ed ombre sotto lo sguardo del Consiglio d'Europa*, in *Guida dir.*, 2007 (21), 11; G. UBERTIS, *L'adeguamento italiano alle condanne europee per violazioni dell'equità processuale*, in AA.VV., *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di A. Balsamo-R.E. Kistoris, Torino, 2008, 99 ss.; D. NEGRI, *Corte europea e iniquità del giudicato penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 1229; O. MAZZA, *L'esecuzione può attendere: il caso Dorigo e la condanna ineseguibile per accertata violazione della CEDU*, in *Giur. it.*, 2007, 2637 ss.; M. CAIANIELLO, *Mutamento del nomen iuris e diritto a conoscere la natura e i motivi dell'accusa ex art. 6 c.e.d.u.: la possibili ripercussioni sul sistema italiano*, in *Giust. pen.*, 2007, I, 167 ss.

2 LE QUESTIONI SUL TAPPETO

al motivo riferito alla prescrizione, con preventivo contraddittorio sulla corretta qualificazione giuridica dei fatti⁵. Ne conseguiva una nuova sentenza, nella quale si confermava la correttezza della qualificazione giuridica *sub* art. 319 *ter* c.p., con esclusione dell'estinzione del reato⁶. Successivamente alla “nuova” pronuncia definitiva, la Corte costituzionale, con la ricordata sentenza 113/2011, introduceva un apposito caso di revisione conseguente all'accertamento definitivo, da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo di una violazione tale da richiedere la riapertura del processo. L'odierno ricorrente si avvaleva, allora, di tale diritto, ma la competente Corte d'appello dichiarava inammissibile la sua istanza di revisione. Sulla legittimità di tale ordinanza, la Corte di cassazione era chiamata a esprimersi con la pronuncia che si commenta.

Il ricorso, *ex* art. 606 lett. *e* c.p.p., che ha investito la Corte di cassazione della questione qui in oggetto sottende – come accennato nel titolo – il sovrapporsi di questioni cruciali, non ancora affrontate o risolte con certezza dalla giurisprudenza di legittimità, cui fa da cornice il complesso piano dei rapporti tra gli artt. 41 e 46 C.e.d.u. e i poteri del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa in tema di esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Due i principali argomenti sui quali poggiano le doglianze del ricorrente, tra di loro strettamente collegati.

Si lamenta, infatti, l'inefficacia dell'art. 625 *bis* c.p.p. rispetto alla *restitutio in integrum* indicata dalla sentenza di Strasburgo, per via delle caratteristiche che tale procedimento, già di per sé peculiare, ha assunto nell'applicazione estensiva fattane dalla Suprema Corte. La discussione *in iure*, infatti, avrebbe, per un verso, determinato l'impossibilità della partecipazione personale dell'imputato e, per altro verso, escluso la sua possibilità di rimodulare la propria strategia difensiva e di richiedere nuove prove, obiettivo che, secondo il ricorrente, starebbe alla base della riapertura prescritta in sentenza dalla Corte europea. Tale obiettivo, si sottolinea nel ricorso, sarebbe stato, invece, pienamente raggiunto da quella serie, non particolarmente numerosa, di successive sentenze delle diverse sezioni semplici della Corte di cassazione che – dopo C. eur. 11.12.2007 e dopo la “ricelebrazione” *ex* art. 625 *bis* c.p.p. – hanno variamente riconosciuto la nullità della sentenza, di primo o di secondo grado, che abbia effettuato una riqualificazione del fatto *ex* artt. 521 co. 1 o 597 c.p.p., in assenza di preventivo contraddittorio, nel medesimo grado di giudizio.

Ecco i due punti focali del tema all'attenzione, che conviene vagliare separatamente: in primo luogo, l'adeguatezza della formula di “ricelebrazione” del processo – adottata nel caso di specie – a rimuovere le conseguenze della violazione convenzionale, alla luce della recente sentenza costituzionale avente ad oggetto l'art. 630 c.p.p. e del quadro normativo che, nel circuito del Consiglio d'Europa presiede all'osservanza dei vincoli assunti dagli Stati membri; in secondo luogo, l'effettiva consistenza della violazione al tempo riscontrata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel procedimento sottoposto alla sua attenzione e le concrete ricadute che quella pronuncia può avere rispetto al nostro ordinamento interno.

5. Cass., Sez. VI, 12.11.2008, n. 45807. La vicenda era stata oggetto di numerose e approfondite riflessioni: nell'impossibilità di segnalarle tutte, v. M.G. AIMONETTO, *Condanna europea e soluzioni interne al sistema processuale penale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 2009, 1510 ss.; F. ZACCHÉ, *Cassazione e iura novit curia nel caso Drassich*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 785 ss.; M. GIALUZ, *Le opzioni per l'adeguamento del codice di procedura penale italiano all'obbligo di restitutio in integrum previsto dalla Corte di Strasburgo*, in AA.VV., *L'incidenza del diritto comunitario e della C.e.d.u. sugli atti nazionali definitivi*, a cura di F. Spitaleri, Milano, 2009, 229 ss.; volendo, S. QUATTROCOLO, *Giudicato interno e condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo: la Corte di cassazione “inaugura” la fase rescissoria*, in *Cass. pen.*, 2010, 2608 ss.

6. Cass., Sez. VI, 25.6.2009, n. 36323.

In ordine al primo aspetto, si segnala che la Corte di cassazione ha effettuato nella pronuncia in commento, una completa ricostruzione dei passaggi della sentenza C. cost. 113/2011. In particolare, l'attenzione si è soffermata sul paragrafo della motivazione in cui il Giudice delle leggi – passate in rassegna tutte le soluzioni via via adottate in giurisprudenza⁷ per ovviare all'assenza di un meccanismo generalizzato di riapertura del procedimento a seguito di una sentenza definitiva della Corte di Strasburgo – afferma a chiare lettere che l'applicazione – estensiva o analogica che sia – dell'art. 625-*bis* c.p.p. è idonea ad assicurare la riapertura del procedimento soltanto quando la violazione della garanzia convenzionale si sia verificata durante il giudizio di cassazione⁸. A completamento del ragionamento, la Corte di cassazione si spinge altresì ad analizzare quale fosse, nel caso di specie, il contenuto restitutorio che la riapertura del procedimento avrebbe dovuto garantire al ricorrente secondo i giudici della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Il riferimento, ovviamente, è soltanto al profilo individuale della riparazione e non anche a quello generale, che porterebbe fuori dal centro di interesse rappresentato dalla sentenza in commento. E' noto che raramente il dispositivo della sentenza europea contiene l'indicazione dell'intervento preciso da adottarsi come misura individuale a favore del ricorrente vittorioso⁹: è il Comitato dei ministri, che presiede al controllo sull'esecuzione delle sentenze della Corte, a dover trarre, per lo più dalla lettura della motivazione, gli elementi salienti della violazione riscontrata nel caso di specie, per verificarne l'eventuale riparazione. Ma, a monte ancora, occorre domandarsi quale significato si debba dare al concetto di “riparazione”. Infatti, l'art. 46 C.e.d.u. – che pure viene richiamato nel dispositivo della sentenza C. cost. 113/2011 – si limita ad affermare, nel suo primo comma, che «le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parte». La correlazione tra riparazione e *restitutio in integrum* che anche la Corte di cassazione, sinteticamente, fa propria nella sentenza in commento, deriva, invero, dalla previsione che oggi troviamo nell'art. 41 C.e.d.u., ove si stabilisce che «se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi protocolli e se il diritto interno dell'Alta Parte contraente non permette se non in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, se del caso, un'equa soddisfazione». Addirittura, originariamente, la Corte tendeva a separare l'accertamento della violazione dalla pronuncia “restitutoria”¹⁰, per lo più assorbita, invece, ai giorni nostri, nella decisione “principale”¹¹. Come deve intendersi, tuttavia, la locuzione “rimozione delle conseguenze di tale violazione”? Essa, si è osservato, non può significare solamente cessazione degli effetti della violazione¹². L'identificazione con il concetto di *restitutio in integrum* è stata operata, innanzitutto, dalla stessa Corte europea dei diritti dell'uomo¹³ – ben prima della novella normativa

7. Cfr. P.H. IMBERT, *L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Le rôle du Comité des ministres du Conseil de l'Europe*, in AA.VV., *La Corte europea dei diritti umani e l'esecuzione delle sue sentenze. Atti del Convegno della S.I.O.I.*, Napoli, 2003, 26: «la solution pour les mesures individuelles vient le plus souvent du juge interne qui, en faisant preuve d'imagination, arrive à trouver dans le dispositif juridique existant des moyens pour donner effet à l'arrêt».

8. Invero la formula è negativa, ovvero la Corte costituzionale afferma che l'art. 625-*bis* c.p.p. è «strutturalmente inidoneo ad assicurare la riapertura dei procedimenti a fronte di violazioni che non si siano verificate nell'ambito del giudizio di cassazione».

9. Cfr. M. CASTELLANETA, *La riapertura dei processi penali a seguito di pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in AA.VV., *Studi in memoria di V. Starace*, I, Napoli, 2008, 66 s.

10. Cfr. P. PIRRONE, *sub art. 46 C.e.d.u.*, in AA.VV., *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di S. Bartole-P. De Sena-V. Zagrebelsky, Padova, 2012, 746.

11. Cfr. F. CRISAFULLI, *Il pagamento dell'equa soddisfazione*, in AA.VV., *La Corte europea dei diritti umani e l'esecuzione delle sue sentenze*, cit., 90 s.; G. BARTOLINI, *sub art. 41*, in AA.VV., *Commentario breve*, cit., 707. Si veda, ad esempio, C. eur., 10.3.1972, *De Wilde, Ooms e Versyp c. Belgio*, pronunciata in forza del “vecchio” art. 50 C.e.d.u., a seguito della precedente constatazione di violazione.

12. V., F. VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Pisani*, II, Piacenza, 2010, 638 ss.; F. CRISAFULLI, *Il pagamento*, cit., 88 s.

13. In questo senso, già C. eur., *De Wilde, Ooms e Versyp c. Belgio*, cit.; C. eur., 13.6.1994, *Barberà, Messegué e Jabardo c. Spagna*, sull'applicazione dell'art. 50 C.e.d.u., accompagnata da un'opinione parzialmente dissenziente, proprio sul ruolo della *restitutio in integrum*, del giudice *ad hoc*, Torres Boursault; C. eur., 31.10.1995, *Papamichalopoulos c. Grecia*.

che ha inserito nei nuovi artt. 41 e 46 C.e.d.u. le matrici normative di riferimento in materia riparatoria – che spesso afferma come dalla constatazione di una violazione del dettato convenzionale derivi il composito obbligo giuridico di porre fine alla violazione e di eliminarne le conseguenze, in modo da ristabilire per quanto possibile la situazione antecedente ad essa¹⁴.

Successivamente, la stessa Risoluzione R 2000(2) del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa ha utilizzato espressamente la locuzione *restitutio in integrum*¹⁵.

Il ricorso a tale concetto certamente aiuta a chiarire la portata della locuzione testuale, ma non risolve la questione relativa ai rimedi che di volta in volta debbono essere posti in essere dallo Stato soccombente¹⁶. Del resto, occorre distinguere le ipotesi in cui la lesione del dettato convenzionale abbia determinato un vero e proprio danno patrimoniale diretto (si pensi, ad esempio, alla nutrita giurisprudenza in tema di occupazione acquisitiva), da quelle che originano un danno “indiretto”, o un danno morale, la cui completa riparazione, peraltro, potrebbe implicare sia il versamento di una somma di denaro, sia l'adozione di particolari condotte¹⁷. E, ancora, ben distinti sono i casi in cui sia stata accertata una violazione sostanziale della Convenzione da quelli nei quali si riscontri un'inosservanza procedurale. Infatti, con riguardo all'eventualità che dette inosservanze si consumino all'interno di un procedimento giurisdizionale, proprio la Raccomandazione R (2000)2 delinea una duplice valenza della riapertura del procedimento nazionale: con riguardo alla violazione “sostanziale”, di un diritto “materiale” sancito dalla Convenzione, invero, la rivisitazione della *res iudicata* ha il valore di rimuovere l'esito stesso del giudizio interno, in cui è insita l'inosservanza del dettato convenzionale; rispetto a violazioni procedurali, invece, tale strumento non è volto a correggere l'esito del giudizio, ma soltanto a restituire al ricorrente vittorioso *chances* processuali perdute in conseguenza della pretermissione della garanzia europea¹⁸. Negli stessi termini, del resto, si è espressa C. cost. 113/2011, laddove afferma che «l'obiettivo perseguito [è] porre l'interessato nelle condizioni in cui si sarebbe trovato in assenza della violazione accertata, e non già rimediare a un difettoso apprezzamento del fatto da parte del giudice».

Premesso ciò, la necessità di reperire – come già accennato – nel tessuto di ogni singola motivazione “europea” la precisa descrizione del detrimento che la constatata violazione ha cagionato al ricorrente, induce a riprendere in mano l'ormai risalente C. eur., 11.12.2007, *Drassich c. Italia*, per individuare le specifiche carenze determinate dall'inosservanza dell'art. 6§§1 e 3 lett. *a* e *b* C.e.d.u.. Sul punto, la sentenza che si commenta individua l'allora accertata violazione dei principi della Convenzione nella modifica a sorpresa della qualificazione giuridica, apportata con il provvedimento di rigetto del ricorso: si osserva, pertanto, che «se il vizio processuale si è verificato in sede di legittimità, spetta alla stessa Corte porvi rimedio». Ne consegue, quindi, un giudizio di piena rispondenza dell'inedito meccanismo *ex art. 625 bis c.p.p.* agli obiettivi riparatori genericamente posti dai Giudici di Strasburgo. Quali *chances* – per riprendere l'espressione già impiegata – il ricorrente avrebbe concretamente perduto secondo questi ultimi? Come accennato, nel § 36 della sentenza della Corte europea si legge

14. Così C. eur., *Papamichaloupolos c. Grecia*, cit., § 34.

15. Il punto I del documento recita, infatti, che il Comitato dei ministri: «invite, à la lumière de ces considérations, les Parties contractantes à s'assurer qu'il existe au niveau interne des possibilités adéquates de réaliser, dans la mesure du possible, la *restitutio in integrum*».

16. Se è vero che, tradizionalmente, si parla di una obbligazione di risultato (v. V. ESPOSITO, *La libertà degli Stati nella scelta dei mezzi attuativi delle sentenze della Corte europea dei diritti umani*, in AA.VV., *La Corte europea dei diritti umani e l'esecuzione delle sue sentenze*, cit., 56), occorre anche rilevare come la Raccomandazione R (2008)2 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa abbia auspicato – ai fini dell'accelerazione dell'esecuzione delle sentenze europee – l'istituzione da parte degli Stati membri di un'autorità centrale capace di predisporre protocolli sinergici tra i soggetti, prestabiliti – delle possibili procedure di riparazione, individuale o generale.

17. Cfr. C. eur., 13.7.2000, *Scozzari e Giunta c. Italia*. In dottrina, sul contenuto variabile degli obblighi *ex art. 46§1 C.e.d.u.*, cfr. P. PIRONE, *sub art. 46*, cit., 751.

18. In questo senso, tra gli altri, A. SACCUCCI, *Obblighi di riparazione e revisione dei processi nelle Convenzione europea dei diritti umani*, in *Riv. Dir. Int.*, 2002, 648 s.

che il ricorrente non sarebbe stato avvertito dell'eventualità di una riqualificazione, né meno ancora avrebbe avuto l'occasione di discutere in contraddittorio la "nuova contestazione". Non solo. Nei successivi paragrafi, la Corte constatava l'autonomia delle due fattispecie astratte in questione – ossia l'art. 319 e 319 *ter* c.p. – sottolineando come quest'ultima sia caratterizzata dal requisito del dolo specifico dell'agevolazione di una parte processuale, estraneo alla fattispecie "generale": pertanto, si osservava al § 40, senza voler scendere nel giudizio di fondatezza dei mezzi probatori offerti dalla difesa, ben si può ritenere che essi – conosciuta la diversa qualificazione – sarebbero stati diversi, quantomeno sotto il profilo dell'accertamento del dolo specifico (tale affermazione avrebbe forse dovuto spingere la Corte ad un passo successivo – non effettuato, né in questo né in altri successivi casi¹⁹ – ossia a domandarsi se l'intervento giurisdizionale avesse avuto natura meramente riqualificatoria o avesse in realtà celato una illegittima modifica sostanziale dell'imputazione. Del resto, però, tale distinzione rileva in termini netti soltanto sul piano processuale interno, mentre sotto il profilo convenzionale, le garanzie dell'art. 6§§1 e 3 lett. *a* e *b* si modulano indifferentemente rispetto all'*emendatio libelli* e all'*emendatio iuris*)²⁰. Occorre quindi ritenere che, come affermato nel ricorso all'origine della sentenza in commento, lo strumento riparatorio posto in essere dall'ordinamento interno dovesse consentire anche una nuova attività probatoria? La Corte di cassazione lo esclude e, del resto, la riportata affermazione di cui al § 40 della sentenza europea parla genericamente di «mezzi di difesa» e non espressamente di prove, così come può riscontrarsi altresì nel precedente § 34 della medesima sentenza, in cui si statuisce che «se le giurisdizioni di merito dispongono, in forza di una previsione di diritto interno, della possibilità di riqualificare i fatti che sono chiamate a giudicare, esse devono accertarsi che gli accusati abbiano l'opportunità di esercitare i loro diritti di difesa sul punto in maniera concreta ed effettiva».

In questa prospettiva, può affermarsi che un mezzo di difesa concreto ed effettivo avverso un'autentica riqualificazione giuridica del fatto – e non una surrettizia modifica dell'imputazione – possa concretizzarsi in un pieno contraddittorio *in iure*, come proposto dall'originale soluzione scaturita dall'applicazione dell'art. 625 *bis* c.p.p.

Del resto, la più efficace conferma in tal senso è offerta dalla posizione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa che – incaricato del controllo dell'esecuzione della sentenza Drassich c. Italia – nel 2009, constatata la particolare forma di riapertura del processo ideata dalla Corte di cassazione, ha chiuso la posizione dell'Italia, considerando soddisfatta l'obbligazione di adeguamento, sia sotto il profilo delle misure particolari, che qui interessano, sia sotto quello delle misure generali²¹. Riguardo al primo aspetto, la Risoluzione del Comitato dei ministri riporta l'annullamento parziale dell'originaria sentenza passata in giudicato, per consentire la ricelebrazione del giudizio di legittimità sul motivo relativo alla prescrizione del reato e, quindi, con riguardo alla corretta qualificazione del fatto. In tale occasione, si afferma, «*the Court of Cassation will not fail to take into account the Convention's requirements on fairness of proceedings*», senza che alcun dubbio sia espresso sulla idoneità del giudizio di legittimità a consentire il ristabilimento delle violate garanzie convenzionali. Sotto il secondo profilo, ossia quello delle misure generali – che, appunto, qui non rilevano direttamente, dato il loro carattere per lo più preventivo di ulteriori violazioni²² – il documento fa riferimento sia a un

19. C. eur, 5.3.2013, *Varela Geis c. Spagna*, ove, ancora una volta, secondo i canoni nazionali, la lamentata riqualificazione nascondeva, in verità, una modifica in fatto dell'imputazione.

20. Cfr., volendo, S. QUATTROCOLO, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il principio di correlazione tra accusa e sentenza: un invito ad un ripensamento del potere iura novit curia?*, in *Leg. pen.*, 2009, 343 ss.

21. Si tratta della Risoluzione CM/ResDH(2009)87.

22. Cfr. V. ZAGREBLESKY, *I mutamenti legislativi o regolamentari e di preassi amministrativi volti a impedire il riprodursi della violazione*, in AA.VV., *La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'esecuzione delle sue sentenze*, cit., 101, il quale sottolinea come «sul piano concettuale [...] si dovrebbe estromettere dal campo dell'esecuzione delle sentenze della Corte ogni attività diretta ad impedire che future violazioni possano verificarsi. Si tratta, infatti, di attività preventiva, di carattere politico».

mutamento giurisprudenziale segnalato dalla Corte di cassazione, tale da rendere la riqualificazione oggetto di confronto in contraddittorio, anche quando essa trovi luogo nel giudizio di cassazione, sia all'utilizzo in via analogica dell'art. 625 *bis* c.p.p., senza necessità di un apposito strumento di revisione, almeno in casi simili a quello dell'*affaire Drassich c. Italia*.

In stretto collegamento con gli aspetti appena vagliati, il ricorrente sosteneva altresì che l'inadeguatezza dello strumento applicato nei suoi confronti, ai fini della *restitutio in integrum* imposta dalla sentenza europea, fosse confermata dall'orientamento mostrato da alcune pronunce della Corte di cassazione, con le quali si sarebbe riconosciuta – nonostante l'esplicita previsione degli artt. 521 co. 1 e 597 c.p.p. – la sussistenza di un vizio processuale interno in tutte le ipotesi di riqualificazione del fatto operato in sentenza, senza un preventivo contraddittorio. Tale drastica conclusione, che darebbe vita a una sorta di “trasformatore permanente” di violazioni convenzionali in vizi processuali²³, si basa – ad avviso di chi scrive – su una lettura non sistematica della giurisprudenza europea.

In alcune recenti sentenze di legittimità, infatti, la Corte di cassazione ha concluso per l'annullamento della sentenza impugnata in ragione di un preteso vincolo derivante proprio da C. eur. 11.12.2007, *Drassich c. Italia*. Ad esempio, in Cass. I, 11.5.2011 n. 18590 si affermava che «nel caso in esame, la lesione del contraddittorio (non assicurato dal Tribunale) in ordine alla diversa definizione giuridica della condotta, apportata con la sentenza di condanna, comporta la nullità generale comminata dell'art. 178, co. 1 lett. c c.p.p. per violazione del diritto di difesa», stabilendosi la nullità della sentenza emessa dal giudice di primo grado ai sensi dell'art. 521 co. 1 c.p.p., peraltro in un'ipotesi di riqualificazione *in melius*. Ancora. In Cass. V, 17.2.2012, n. 6487 si legge che «poiché risulta che la qualificazione del fatto come violenza privata, anziché come esercizio arbitrario delle proprie ragioni, non è mai stata prospettata all'imputato, né dal pubblico ministero, né dal giudice, prima che la sentenza della Corte d'appello di Catania riformasse in tale senso la sentenza del Tribunale [...] si è concretata una violazione del diritto alla difesa, tale da comportare la nullità della sentenza di secondo grado». Senza volere né potere qui richiamare la corposissima giurisprudenza di legittimità, ancora oggi²⁴ disposta ad escludere che vere e proprie immutazioni del fatto descritto in imputazione (ad esempio, la traslazione dalla natura omissiva contestata nell'imputazione alla ritenuta natura commissiva della condotta colposa ritenuta in sentenza²⁵), possano costituire lesioni del diritto di difesa, anche in quest'ultimo caso si rileva una lettura “abrogatrice” dell'art. 597 c.p.p., che coglie nell'esercizio del potere giurisdizionale ivi stabilito un vizio processuale tale da integrare un'ipotesi di nullità generale. In termini diversi, ma non molto distanti, Cass., Sez. VI, 28.5.2010 n. 20500, afferma a sua volta che «il diritto al contraddittorio e alla difesa anche in ordine alle questioni giuridiche di qualificazione del fatto deve essere garantito, normalmente, nella stessa fase in cui si verifica la modificazione dell'imputazione, considerato che l'impugnazione non sempre può avere effetto equipollente al mancato contraddittorio».

Come le stessa sentenza qui in commento rileva, tali letture sono state seguite da un'interpretazione maggiormente condivisibile, sia sotto il profilo della sistematica del quadro normativo interno²⁶, sia sotto quello della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. In diverse pronunce, infatti – puntualmente riportate nel

23. La questione è analiticamente affrontata da R.E. KOSTORIS, *Diversa qualificazione giuridica del fatto in Cassazione e obbligo di conformarsi alle decisioni della Corte europea dei diritti umani: considerazioni sul caso Drassich*, in *Giur. it.*, 2009, 2514 ss.

24. Cass., Sez. I, 4.6.2013, n. 28877.

25. Cfr. tra le altre, Cass., Sez. IV, 15.10.2002, n. 7026

26. V. volendo, S. QUATTROCOLO, *Un auspicabile assestamento in tema di riqualificazione del fatto in sentenza*, in *Cass. pen.*, 2013, 2363.

provvedimento che si commenta²⁷ – si è riconosciuto come gli strumenti normativi previsti dal codice di procedura penale consentano già una possibilità di difesa effettiva avverso il mutamento del *nomen iuris* effettuato in sentenza, ove detto potere sia espressamente previsto. Vi si legge, infatti, che i mezzi di impugnazione ordinari sono tali, nel nostro ordinamento, da consentire all'imputato – che voglia davvero sottoporre al vaglio del contraddittorio il diverso *nomen iuris* – l'efficace contestazione dell'avvenuto mutamento di qualifica giuridica, sia attraverso i motivi d'appello, sia attraverso il ricorso per cassazione ex art. 606 lett. b c.p.p. Tale conclusione – che ha il pregio di evitare una pericolosa osmosi tra l'antiformalismo tipico dei sistemi internazionali di tutela dei diritti umani e la tassatività che presiede, in linea generale, ai nostri meccanismi di invalidità processuale – sembra non discostarsi dalle conclusioni che complessivamente possono trarsi dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia, a condizione che due premesse siano accettate: per un verso, l'*emendatio iuris* non deve celare surrettizie modifiche “sostanziali” dell'imputazione; per altro verso, essa deve essere effettuata soltanto entro i limiti espressamente previsti dal legislatore, ovvero, nei gradi di merito, anche in sentenza, e nel giudizio di cassazione solo su sollecitazione dei ricorrenti ex art. 606 lett. b c.p.p. o in forza della connessione essenziale prevista dall'art. 624 c.p.p.

Del resto – e qui si chiude il cerchio di questo breve ragionamento – la Corte europea dei diritti dell'uomo non ha affermato nulla di diverso, nel caso *Drassich c. Italia*: essa ha rilevato che il mutamento di qualificazione giuridica operato in una pronuncia di rigetto da parte della Corte di cassazione lede irrimediabilmente il diritto di difesa dell'imputato²⁸.

Senza dimenticare, poi, il carattere “individuale” della giurisdizione europea – che deve fare del caso specifico l'oggetto della propria attenzione²⁹ – e constatando che non sembra possibile individuare un orientamento costante della Corte europea sui temi che ci riguardano³⁰, può essere utile guardare anche ad altre sentenze correlate. Un atteggiamento analogo a quello appena riportato hanno mostrato i Giudici di Strasburgo nel recente caso C. eur., 5.3.2013, *Varela Geis c. Spagna*, ove si afferma che la riqualificazione operata dal giudice nella sentenza non più impugnabile con mezzi ordinari ha determinato una violazione del diritto al processo equo del ricorrente, che si sarebbe potuta evitare consentendo semplicemente un confronto in contraddittorio – in tempi adeguati a preparare l'opportuna difesa – davanti al giudice stesso. Allo stesso modo, nel caso C. eur., 7.1.2010, *Penev c. Bulgaria*, la Corte, riferendosi a un'ipotesi di riqualificazione operata dalla Corte suprema bulgara, aveva espressamente affermato: «it could, for example, adjourn the hearing to further argument, or, alternatively, allow the applicant the opportunity to make written submissions on the new charge».

In altre sentenze poi, la Corte ha affermato che i mezzi di impugnazione nazionali possono essere tali da consentire un'effettiva difesa rispetto alla riqualificazione operata in sentenza, scongiurando una violazione del dettato convenzionale³¹. In particolare,

27. V., tra le altre, Cass., Sez. VI, 14.2.2012, n. 10093; Cass., Sez. II, 21.8.2012, n. 32840; Cass., 30.1.2013, n. 9367.

28. Senza dimenticare che, in un precedente, evidentemente superato (C. eur., 24.10.1996, *De Salvador Torres c. Spagna*), la Corte aveva escluso, pur in un contesto davvero molto simile alla vicenda *Drassich*, qualsiasi violazione del dettato convenzionale.

29. Cfr. V. ZAGREBLESKY, *I mutamenti legislativi*, cit., 116, il quale afferma che «nel sistema attuale la Corte tende a sottolineare la specificità del suo giudizio, richiamando analiticamente i profili di fatto del caso concreto ed effettuandone una valutazione complessiva. In tal senso le sentenze della Corte non dovrebbero avere una grande capacità espansiva, un valore di principio di carattere generale anche se esse costituiscono precedenti giurisprudenziali».

30. Come accennato, la Corte tendenzialmente non si cura di distinguere tra *emendatio iuris* e *emendatio libelli* (tuttavia, in termini contraddittori, v. C. eur., 24.4.2007, *Bäckström e Andersson C. Svezia*, ove la Corte ha dichiarato l'irricevibilità del ricorso poiché evidentemente infondato: la modifica dell'imputazione censurata avrebbe invero costituito soltanto la qualifica legale della condotta), tanto che spesso utilizza il termine «riqualificazione» in senso di “grado”, riferito cioè al mutamento dell'imputazione da delitto tentato a consumato (v. C. eur., 26.9.2006, *Miriaux c. Francia*). Per una panoramica complessiva v., volendo, S. QUATTROCOLO, *Riqualificazione del fatto nella sentenza penale e tutela del contraddittorio*, Napoli, 2011, 3 ss.

31. Cfr. C. eur., 22.2.2002, *Sipavicious c. Lituania* («The Court therefore considers that the applicant had the opportunity to advance before the Court of Appeal and the Supreme Court his defense in respect of the reformulated charge. In this respect the present case must be distinguished from the above mentioned *Pélissier and Sassi* case (loc. cit., §§ 51-63) where the Court of Cassation did not re-examine the “discretion” of the appeal court in reclassifying the charge»; C. eur. 1°3.2001, *Dallos c. Ungheria*; C. eur., 20.4.2006, *I.H. c. Austria*. Si veda altresì C. eur., dec. 28.2.2002, *D.C. c. Italia*, ove si era dichiarata l'irricevibilità

5 RIFLESSIONI CONCLUSIVE

proprio per riprendere una censura formulata dal ricorrente e puntualmente analizzata nella sentenza che si commenta, si segnala C. eur., 9.10.2008, *Abramyan c. Russia*, in cui la Corte ha riscontrato una violazione nel caso in cui, censurata la riqualificazione operata in sentenza attraverso un mezzo di impugnazione pienamente devolutivo, al difensore e al suo assistito non era stato possibile partecipare all'udienza successiva, cui, invece, aveva preso parte il pubblico ministero. Tale segnalazione completa il panorama delle pronunce europee già citate nella sentenza che si commenta, a sostegno del rigetto della questione vertente sull'impossibilità di partecipazione personale dell'imputato. In particolare, il richiamo a C. eur., 18.10.2006, *Hermi c. Italia*, § 85, risolve chiaramente, in termini negativi, la doglianza del ricorrente: come affermato dalla Corte europea in quell'occasione, vertendo la questione sulla qualificazione giuridica dei fatti, la presenza dell'imputato in udienza non pare di nessun aiuto alla soluzione della questione *in iure*.

In conclusione, "incrociando" i dati offerti dall'analisi della giurisprudenza europea, dalle valutazioni operate dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa e dalla sentenza C. cost. 113/2011, paiono potersi condividere le determinazioni assunte dalla pronuncia che si commenta.

Certamente, la chiusura della procedura di controllo sull'esecuzione della sentenza C. eur. 11.12.2007 *Drassich c. Italia* dimostra che la successiva richiesta di revisione, dal medesimo formulata, doveva intendersi viziata da una potenziale duplicazione di garanzie. Poiché il Comitato presiede all'effettività delle varie obbligazioni imposte dalle sentenze della Corte europea, tra cui, appunto, la *restitutio in integrum*, la chiusura della procedura anche sotto il profilo delle misure individuali segna la concretizzazione del comando formulato nel dispositivo europeo. Pertanto, se è corretta la lettura che si è data della sentenza 113/2011 della Corte costituzionale, lo scopo precipuo del nuovo caso di revisione deve intendersi già raggiunto nel caso di specie³², attraverso altra diversa soluzione.

Meno certo, forse, appare ancora il quadro complessivo dei rapporti tra potere di riqualificazione del fatto in sentenza e garanzie convenzionali. Qui si è offerta una lettura in forza della quale, nell'attuale contesto normativo, stante la vigenza di due disposizioni che consentono al giudice di merito di effettuare la riqualificazione del fatto in sentenza, pare difficile escluderne l'operatività, in assenza di una declaratoria di incostituzionalità *ex art. 117 Cost.*, per violazione della norma interposta, individuata nell'art. 6 §§ 1 e 3 lett. *a* e *b* C.e.d.u.

Si potrebbe affermare, però, che a tali norme occorre offrire, secondo il consolidato insegnamento della Corte costituzionale, un'interpretazione convenzionalmente conforme³³, che spingerebbe a riconoscere la necessità di un preventivo contraddittorio, nello stesso grado di giudizio: ciò, è stato autorevolmente affermato, eviterebbe ogni rischio di possibili violazioni sia del diritto alla conoscenza dell'accusa³⁴, sia, in generale, del principio di eguaglianza, escludendo sperequazioni tra imputati che abbiano subito o meno un'*emendatio iuris*³⁵.

della doglianza di un cittadino italiano che, avendo subito una riqualificazione del fatto nella sentenza di primo grado, aveva potuto sottoporre le sue doglianze a ben due ulteriori gradi di giudizio.

32. Pare opportuno segnalare che, al contrario, Cass. V, 2.2.2012, n. 4463 ha adottato un orientamento condivisibilmente differente in relazione all'altrettanto noto caso Labita. Il ricorrente, infatti, era risultato vittorioso nel giudizio innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo, che con la sentenza 6.4.2000 aveva riscontrato una violazione dell'art. 2 IV Prot. C.e.d.u., in conseguenza dell'ingiustificata applicazione della misura di sicurezza personale della sorveglianza speciale. A seguito di tale pronuncia, l'interessato chiedeva la revoca della misura, che veniva però rigettata per carenza del presupposto normativo, individuato dalla Corte di cassazione nel sopraggiungere di fatti nuovi. Ripresentata la richiesta di revoca, l'istanza dell'interessato è stata nuovamente sottoposta al giudice della legittimità, che, nel provvedimento segnalato, ha inteso utilizzare C. cost. 113/2011 come integrazione normativa da estendersi anche all'art. 7 della l. 1423/1956.

33. Cfr. ancora F. VIGANÒ, *Il giudice penale*, cit., 642 ss.

34. Cfr. G. ILLUMINATI, *Giudizio*, in AA.VV., *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso-M. Grevi-M. Bargis, VI ed., Padova, 2012, 843.

35. In questi termini, G. UBERTIS, *I diritti dell'uomo nel ventennale del codice di procedura penale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 2008, 1512.

Tuttavia, due questioni di fondo si pongono a fronte di tale orientamento. In primo luogo, se ciò che preme è il rispetto delle indicazioni provenienti dalla Corte europea, ci si deve domandare se davvero il precipitato che si può trarre dalla giurisprudenza di Strasburgo implichi che il contraddittorio sul nuovo *nomen iuris* debba invariabilmente trovare luogo nello stesso grado di giudizio in cui si prevede di operare la riqualificazione. Certamente la sentenza Drassich non si è spinta fino a questo punto, né pare potersi derivare dal complesso delle altre pronunce in materia un'inequivoca lettura in tal senso. Inoltre, ci si deve interrogare sulla natura di tale asserita interpretazione convenzionalmente orientata: *praeter legem* o *contra legem*? La necessaria instaurazione del contraddittorio "preventivo" finisce per abrogare il potere del giudice, stabilito dagli artt. 521 co. 1 e 597 c.p.p.? Se la risposta fosse positiva, la via dell'interpretazione conforme sarebbe sbarrata e si dovrebbe infine percorrere la strada della questione di legittimità costituzionale, presumibilmente nei termini sopra accennati. Ma se anche non si riconoscesse un effetto abrogativo, ma solo integrativo, a tale interpretazione, si potrebbe affermare che l'inosservanza del contraddittorio preventivo alla riqualificazione, non prescritto, integri un vizio processuale, come asserito nelle pronunce sopra ricordate?

La questione torna, evidentemente, sul tema già accennato e anche altrove affrontato³⁶: aprire un varco diretto nel sistema tassativo delle invalidità, per farvi penetrare situazioni che potrebbero, al limite, integrare una violazione convenzionale, determinerebbe probabilmente il rischio di un collasso definitivo del nostro sistema di giustizia penale.

36. Cfr., volendo, S. QUATTROCOLO, *Un auspicabile assestamento*, cit., 2369 ss.

La trata de personas y la normativa internacional. Algunas consideraciones de su regulación en Chile

RESUMEN

1. INTRODUCCIÓN. – 2. ALCANCE DEL FENÓMENO. ¿UNA NUEVA FORMA DE ESCLAVITUD? – 3. DERECHO INTERNACIONAL. – 4. CONVENCION DE PALERMO Y SUS PROTOCOLOS. – 5. DERECHO INTERNO. – 6. CONCLUSIÓN.

1

INTRODUCCIÓN

Con la publicación de la Ley 20.507 de 8 de abril de 2011, que tipifica los delitos de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes, se vino a dar cumplimiento a las obligaciones internacionales contraídas por el Estado de Chile, especialmente con la ratificación de la llamada Convención de Palermo. En efecto, nuestro país, a través del Decreto 342 de 2004 promulgó la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire y para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños*. Como puede apreciarse, debió transcurrir un largo espacio de tiempo para que nuestro ordenamiento interno materializara a través de tipos penales las obligaciones asumidas. Y es que el art. 367 *bis* del Código penal – hoy derogado – era absolutamente insuficiente para comprender debidamente los comportamientos ilícitos que se derivan tanto de la trata de personas como del tráfico de migrantes. Por de pronto, basta señalar que el artículo en comento sólo hacía referencia a la supuestos de explotación sexual – ejercicio de la prostitución – dejando de lado, por ejemplo, todos aquellos actos relacionados con la dimensión laboral de la trata. Pues bien, las nuevas figuras penales comprendidas en el Código punitivo en los artículos 411 *bis* y siguientes vienen a paliar tales deficiencias¹.

Como se ha podido advertir, la ley examinada ha tipificado dos delitos, a saber, la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes. Nuestra atención se centrará en la primera de estas figuras. Por lo anterior, y antes de comenzar a desarrollar este trabajo, quisiera realizar algunas precisiones terminológicas a fin de comprender cuál es el objetivo que se persigue a través de estas líneas.

No es infrecuente que se confunda la trata de personas con la inmigración clandestina o ilegal, a tal punto que cuando se habla de tráfico internacional de personas se comprenda toda actividad que consista en transferir ilegalmente a una persona de un Estado a otro. Empero, se trata de actos que tienen significados diversos². Aclaración

1. Cabe advertir que la ley 20.507 también introduce modificaciones a otros cuerpos legales, tales como el Código procesal penal y la Ley Orgánica de Policía de Investigaciones de Chile.

2. Así lo expone, DAUNIS, Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas, InDret 1 (2010), p. 8, al afirmar que tráfico y trata son conductas distintas, pues si bien la trata puede vincularse con procesos de desplazamiento, no es una conducta dirigida a vulnerar las normas migratorias de los Estados, sino que pretende la explotación de un tercero, con independencia de su nacionalidad.

que, por lo demás, se hace necesaria a fin de evitar errores de técnica legislativa³.

Cuando se habla de trata de personas (*trafficking in human being*) se vincula a aquellos comportamientos en donde el fin perseguido es la explotación laboral o sexual. En cambio, la inmigración ilegal (*smuggling of migrants*) supone esencialmente burlar las normas de inmigración. Al respecto, cabe precisar que aun cuando suele hablarse indistintamente de trata de personas o tráfico de personas para referirse al mismo fenómeno, es preferible emplear la voz *trata* en vez de *tráfico* – que en rigor es la traducción de la expresión inglesa *trafficking* – a fin de establecer una clara distinción con los comportamientos propios del tráfico de migrantes. Así, por lo demás, se aprecia en la traducción al español de la Convención de Palermo y sus protocolos.

Ahora bien, es cierto que ambas conductas – trata de personas y tráfico de migrantes – pueden estar estrechamente relacionadas e incluso vincularse, como sucede, por ejemplo, respecto de quien siendo inmigrante ilegal puede además ser objeto de alguna forma de explotación, ya sea laboral o sexual. Empero, aún así, son esencialmente distintas y de diversa gravedad⁴.

Justamente, la Convención de Palermo se encarga de establecer qué se entiende por cada una. Es así, que el *Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional*, en su art. 3 letra a) señala: “Por ‘tráfico ilícito de migrantes’ se entenderá la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”. Por su parte, el *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional*, en el art. 3 letra a) afirma: “Por ‘trata de personas’ se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”.

Como se expondrá, históricamente los comportamientos propios de la trata de personas se asocian a abuso, transacción y explotación, es decir, una suerte de cosificación de la persona, asimilándose a aquellos actos propios de la antigua esclavitud⁵. En este sentido, concurren ciertos elementos que la identifican, tales como: a) actos de dominio que limitan o anulan la libertad de determinación de las personas objeto de la trata, expresados ya sea en formas de coerción, violencia o engaño⁶; b) explotación de carácter

3. Es lo que sucedía, por ejemplo, en España. El título XV *bis* del Código Penal recogía los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y el art. 318 *bis* abordaba la trata de personas junto al tráfico de migrantes, empleando una redacción confusa y desordenada. Gracias a la reforma de 2010, se dispuso una distinción clara entre ambas figuras, regulándose la trata de personas en el art. 177 *bis*. Al respecto, DAUNIS R.: “Sobre la urgente necesidad”, cit. n. 2, p. 9; SÁNCHEZ, *El nuevo delito de tráfico ilegal de personas*, en LAURENZO C. (coord.), *Inmigración y Derecho penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 287 y ss.; GARCÍA, *Los tipos acogedores del tráfico de personas*, en GARCÍA (coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, ed. Comares, Granada, 2006, pp. 206 y ss.

4. Qué duda cabe que la fijación de estrictas políticas de inmigración, como sucede hoy en Europa, tienen una clara incidencia en el surgimiento de ciertas conductas ilegales como es, precisamente, la trata de personas. Para DE LEÓN, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 29, la confusión surge, en muchos casos, porque lo que se inicia como supuesto de inmigración ilegal se convierte luego en trata de personas. Como afirma GONZÁLEZ y GARCÍA, *Normas afectantes a la perseguibilidad*, en GARCÍA (coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, ed. Comares, Granada, 2006, p. 259, no toda la inmigración ilegal puede ser considerada trata de personas, como así tampoco toda prostitución que es practicada por inmigrantes ilegales procede de la trata.

5. Como destaca GARCÍA, *Introducción*, en GARCÍA (coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, ed. Comares, Granada, 2006, p. 13, en la actualidad es difícil conocer casos de compraventa de personas en sentido formal, pero no hay duda que en muchas formas de reclutar personas se aprecian elementos propios de la compraventa, al ser la persona el objeto de la transacción.

6. Así, DE LEÓN, *Tráfico de personas*, cit. n. 4, p. 31.

laboral o sexual, y c) traslado o movimiento de personas.

Si bien es cierto, en el tráfico ilícito de migrantes está presente el movimiento y traslado de personas, así como también pueden haber motivaciones lucrativas – reflejando con ello que se está frente a actos que manifiestan una suerte de cosificación del extranjero, al mercantilizarlo y tratarlo como objeto transable⁷ – no concurren, sin embargo, ni la coerción, formas de abuso o engaño, así como tampoco un fin de explotación posterior⁸. En todo caso, cabe advertir que no siempre el tráfico ilícito de migrantes supone para el sujeto una afectación a su dignidad o a su libertad – como sí sucede en la trata de personas – , pues no es infrecuente encontrar casos en donde se aprecia un propósito altruista o consideraciones humanitarias por parte de quienes intervienen en el tráfico⁹.

2

ALCANCE DEL FENÓMENO. ¿UNA NUEVA FORMA DE ESCLAVITUD?

Si bien, no se está frente a nuevos comportamientos delictivos, sí puede apreciarse que han tenido un particular desarrollo, especialmente a partir de los años noventa¹⁰. Entre las razones que suele argumentarse están, entre otras, la mundialización de la economía, la apertura de los mercados, la brecha cada vez más evidente entre países ricos y pobres, la mayor facilidad en el transporte y el fuerte crecimiento demográfico. Este último factor de manera sobresaliente en los países africanos y del sudeste asiático¹¹, unido a las cada vez mayores diferencias económicas, ha generado demandas de fuerza de trabajo hacia los países más ricos, las que en no pocos casos se desarrollan en términos de explotación y de nueva esclavitud. Precisamente, estas condiciones que ofrece el mundo globalizado han sido aprovechadas por organizaciones criminales, que aprecian la trata de personas como un negocio especialmente lucrativo¹². En este sentido, es indudable que el fuerte impacto que la criminalidad organizada genera en la economía y en la seguridad impone con urgencia un tratamiento conjunto de los Estados. De ahí pues, la importancia de la Convención de Palermo que se hace cargo de estas formas de organización.

Al respecto, debe considerarse que los efectos económicos y sociales que se manifiestan por el proceso globalizador ha dado lugar a nuevas formas de criminalidad, que se caracterizan por su organización, en algunos casos por su transnacionalidad¹³.

7. PÉREZ, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, ed. Comares, Granada, 2004, p. 173: “Se trata de un proceso de despersonalización y cosificación contrario a la dignidad humana, al convertir al inmigrante en un mercancía”; GARCÍA, *Introducción*, cit. n. 5, p. 5: “En la organización de la emigración-inmigración ilegal, el inmigrante es propiamente la ‘mercancía’ en la que se basa el negocio y se ve sometido a condiciones de dominio, en las que su consentimiento resulta y debe resultar irrelevante para el derecho”; cfr. también, VILLACAMPA, *Título XV bis, delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, en QUINTERO (dir.) y MORALES (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, ed. Thompson/Aranzadi, Pamplona, 2005, pp. 1115 y ss.; un examen desde la perspectiva de los derechos humanos y su afectación, OBOKATA: Smuggling of Human Beings from a Human Rights Perspective: Obligations of Non-State and State Actors under International Human Rights Law, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 17, 2 (2005), pp. 394 y ss.

8. STEIGER, *Trafficking in children for the purpose of sexual exploitation in the EU*, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* Vol. 13, 4 (2005), p. 608.

9. Al respecto, CANCIO y MARAVE, *El Derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal*, en BACIGALUPO y CANCIO (coord.), *Derecho penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona, 2005, p. 362.

10. Así lo hace notar, RASSAM, *Contemporary forms of slavery and the evolution of the prohibition of slavery and the slave trade under customary international law*, *Virginia Journal of International Law*, 39 (1998-1999), p. 323; así también ARROYO, *De la trata de blancas a la proscripción del tráfico de seres humanos*, en CAMPOS, CIENFUEGOS, RODRÍGUEZ y ZARAGOZA (coord.), *Entre libertad y castigo: dilemas del estado contemporáneo. Estudios en homenaje a la Maestra Emma Mendoza Bremauntz*, Mexico, 2011, pp. 108 y ss.

11. Destaca DE LEÓN, *Tráfico de personas*, cit. n. 4, p. 69, la trascendencia que tuvo la guerra de Vietnam en el tráfico y comercio sexual, principalmente alrededor de las bases norteamericanas. Al final de la guerra el número de prostitutas en Saigón superaba el medio millón, que equivalía a la población total que tenía la ciudad antes del conflicto.

12. CARNEVALI, *La criminalidad organizada. Una aproximación al derecho penal italiano, en particular la responsabilidad de las personas jurídicas y la confiscación*, *Ius et Praxis*, año 16, N° 2, (2010), pp. 273 y ss.; SILVA, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*, 2° ed., Ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 83; ZÚÑIGA, *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, ed. Comares, Granada, 2009, p. 128. En cuanto al perfil de las organizaciones criminales dedicadas a la trata con fines de explotación laboral, GIMÉNEZ-SALINAS, SUSAJ y REQUENA, *La dimensión laboral de la trata de personas en España*, *Revista electrónica de Ciencia penal y criminología*, RECPC 11-04 (2009), pp. 15 y ss.

13. MILITELLO, PAOLI y ARNOLD (ed.), *Il crimine organizzato come fenomeno internazionale. Forme di manifestazione, prevenzione e repressione in Italia, Germania e Spagna*, ed. Iuscrim, Max Planck Institut, Friburgo, 2000), *passim*.

y gran poder económico. Es en este contexto donde debe examinarse la llamada criminalidad organizada. Precisamente, que se hable de organizada quiere significar que se trata de estructuras con algún grado de jerarquización, que dificultan una investigación criminal, ya que pueden presentarse serios problemas para determinar la atribución de responsabilidad penal, dada la separación espacio-temporal entre la decisión de los jefes y la ejecución del delito¹⁴. En algunos casos además, ostentan una gran capacidad económica que les permitiría, incluso, desestabilizar las instituciones políticas de un Estado a través de la corrupción de sus funcionarios¹⁵. Sobre este punto, varios países latinoamericanos se ven afectados por la criminalidad organizada, debido, particularmente, a sus debilidades institucionales. Por ello es esencial la adopción de medidas destinadas a fortalecer las estructuras democráticas y sus medios de control, como una herramienta eficaz, además de las punitivas, para combatir esta clase de organizaciones criminales¹⁶.

Con el objeto de comprender la relevancia del tema y por tanto, determinar la necesidad de abordarlo desde el Derecho penal, basta señalar que hoy la trata de personas es una de las actividades criminales más lucrativas, junto al tráfico de armas y al tráfico de drogas, lo que ha incidido fuertemente en un incremento de la criminalidad organizada¹⁷. Además y sin perjuicio de las ingentes ganancias de carácter ilícito que se generan, no puede dejarse de tener presente que el objeto mismo de tráfico son seres humanos – la persona tratada como cosa transable, en especial las mujeres y los niños –, lo que torna particularmente execrable esta clase de actividades. Y es que su cosificación le hace perder todo resto de dignidad¹⁸.

Sólo a modo de ejemplo y para dimensionar la magnitud del problema examinado, cada año ingresan clandestinamente a Europa unas 400.000 personas. Hoy son cerca de 8.000.000 los inmigrantes ilegales dentro de la Unión Europea, es decir, uno de cada tres inmigrantes ingresaron clandestinamente. Las mujeres que son objeto de tráfico y luego destinadas a la explotación sexual son alrededor de 2.000.000. En relación a los niños, en Asia cerca de 1.000.000 son explotados sexualmente, y buena parte de ellos se encuentran en Tailandia, conocido paraíso del turismo sexual. Sin perjuicio de las dificultades que supone disponer de cifras relativamente fidedignas, puede afirmarse que las personas objeto de tráfico y luego de explotación laboral o sexual oscilan entre 27.000.000 y 200.000.000. Las ganancias vinculadas a estas actividades van desde los 7.000 millones a 13.000 millones de dólares anuales¹⁹.

14. Al respecto, SILVA, *La expansión*, cit. n. 12, p. 87; PISANI, *Criminalità organizzata e cooperazione internazionale*, in Ri. It. Dir. Proc. Pen. (1998), pp. 703 y ss.; ALEO, *Criminalità transnazionale e definizione della criminalità organizzata: il requisito dell'organizzazione*, en PATALANO, (ed.), *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, Giappichelli, Turín, 2003, p. 10.

15. LAUDATI, *Criminalità organizzata e riciclaggio*, en PATALANO (ed.), *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, Giappichelli, Turín, 2003, p. 217: "El crimen organizado constituye un peligro para las democracias modernas por la extraordinaria capacidad de acumular enormes riquezas y de contaminar y condicionar las instituciones".

16. En América Latina se aprecia una permanente inestabilidad política, constantes casos de corrupción donde se ven involucrados, incluso, altos representantes del gobierno. Todo ello genera una pérdida de confianza por parte de la ciudadanía hacia las autoridades, ya que muchas veces no son sancionados, percibiéndose una especie de cultura de la impunidad. Pues bien, si a la debilidad del Estado de Derecho se le agrega la perenne desigualdad social imperante, el escaso respeto por los derechos humanos, los espacios que se le ofrecen a grupos criminales organizados son enormes. Y es que las posibilidades de ser perseguidos y sancionados son mínimas, más aún si existe una suerte de connivencia entre estos grupos y la autoridad pública. Al respecto, ROJAS, *El crimen organizado internacional: una grave amenaza a la democracia en América Latina y el Caribe*, Flacso, San José de Costa Rica, 2006), *passim*; SOLÍS y ROJAS (edit.), *Crimen organizado en América Latina y el Caribe*, Catalonia, Santiago, 2008, *passim*.

17. Destaca la presencia de una criminalidad organizada en el tráfico sexual de personas, MAQUEDA, *Una nueva forma esclavitud: el tráfico sexual de personas*, en LAURENZO (coord.), *Inmigración y Derecho penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 264; RUMPF, *The new slavery: the United Nations' interregional crime & justice research institute's global program against trafficking in human beings*, *New York Law School Journal of Human Rights*, 19 (2003), p. 879.

18. BAUCCELLS, *El tráfico ilegal de personas para su explotación sexual*, en RODRÍGUEZ y RUIZ, *Inmigración y sistema penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 181.

19. Así lo expresa, PÉREZ, *Globalización, tráfico internacional*, cit. n. 7, p. 22. En p. 34, n. 66, y a fin de resaltar el nivel de explotación a que se ven sometidas quienes se dedican a la prostitución destaca lo siguiente: según la policía alemana una joven rusa gana una media de 7.500 dólares al mes; 7.000 quedan en manos del propietario del lugar donde la mujer es explotada, de los 500 que restan, se emplean para pagar alojamiento, comida y ropa que se hace al pro-xeneta. Por tanto, la mujer recibe unos 12 dólares mensuales. También destacan esta realidad BAUCCELLS y CUENCA, *El perfil criminológico del tráfico para la explotación sexual en España: un fenómeno viejo con características nuevas*, en GARCÍA (coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, ed. Comares,

Sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, en cuanto a que las condiciones de pobreza y de desigualdad en las que se hallan quienes son víctimas del tráfico – esencialmente mujeres y niños – constituyen un factor relevante en el aumento de esta actividad ilícita – así lo destaca la propia Convención de Palermo²⁰ –, incrementada a su vez, por la presencia de grupos criminales organizados²¹, también conforma un factor no menor en este desarrollo la escasa o deficiente tipificación de estos delitos en las legislaciones nacionales. En efecto, aun cuando existen instrumentos internacionales de antigua data – como se examinará *infra* –, puede afirmarse que recién ahora los Estados han comenzado seriamente a preocuparse de este fenómeno, incorporando disposiciones penales en esta materia – nuestro país es fiel ejemplo de esta lentitud legislativa –²². Precisamente, el éxito para enfrentar las redes criminales de carácter internacional radica no sólo en contemplar normas penales en este sentido, sino que además medidas de coordinación entre los Estados dirigidos a una persecución eficaz²³. La dimensión transnacional de la criminalidad organizada a la que se ha hecho referencia, torna fundamental una coordinación de esta naturaleza²⁴. Si bien no es un elemento esencial que determine el carácter de organización criminal, el hecho que esté presente en algunas asociaciones criminales justifica plenamente su atención. Es así que las convenciones internacionales destacan tal característica con el objeto de que se dispongan medidas comunes que permitan enfrentar la criminalidad organizada con eficacia, sobre todo teniendo en consideración la mayores facilidades que brinda una economía globalizada.

Por lo anterior es que la propia Convención de Palermo dispone en su art. 3 cuándo debe entenderse que un delito es transnacional: “a) Se comete en más de un Estado; b) Se comete dentro de un solo Estado pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado; c) Se comete dentro de un solo Estado pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o d) Se comete en un solo Estado pero tiene efectos sustanciales en otro Estado”.

La norma citada pretende establecer una base mínima que agilice la cooperación entre los Estados y con ello facilitar la persecución de los delitos que se cometan en este ámbito. No cabe duda que si hoy los mercados no presentan límites, se incentiva la libre circulación de capitales, personas, mercaderías y servicios, los medios de comunicación y el ciberespacio actúan sin *reconocer* soberanías de los Estados, entregar la persecución

Granada, 2006, pp. 150 y ss., quienes describen el *modus operandi* de las organizaciones criminales y las redes de tráfico.

20. La Convención de Palermo se hace cargo de esta cuestión, señalando la necesidad de adoptar medidas de prevención para abordar la pobreza y la marginalidad, pues son factores de los que se aprovecha el crimen organizado. Precisamente, el art. 15. 3 del *Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional* – Convención de Palermo – señala: “Cada Estado Parte promoverá o reforzará, según proceda, los programas y la cooperación para el desarrollo en los planos nacional, regional e internacional, teniendo en cuenta las realidades socioeconómicas de la migración y prestando especial atención a las zonas económica y socialmente deprimidas, a fin de combatir las causas socioeconómicas fundamentales del tráfico ilícito de migrantes, como la pobreza y el subdesarrollo”. Asimismo, el art. 9. 4 del *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños de la misma Convención* dispone: “Los Estados Parte adoptarán medidas o reforzarán las ya existentes recurriendo en particular a la cooperación bilateral o multilateral, a fin de mitigar factores como la pobreza, el subdesarrollo y la falta de oportunidades equitativas que hacen a las personas, especialmente las mujeres y los niños, vulnerables a la trata”. Al respecto, GIASANTI, *Marginalità sociale, periferie urbane, racket*, en BANDINI/LAGAZZI y MARUGO, *La criminalità organizzata. Moderne metodologie di ricerca e nuove ipotesi esplicative*, Giuffrè, Milán, 1993, pp. 165 y ss.; MAQUEDA, *Una nueva forma esclavitud*, cit. n. 17, p. 262.

21. BAUCCELLS y CUENCA, *el perfil criminológico*, cit. n. 19, p. 141.

22. El Informe mundial sobre la trata de personas de 2009 preparado por Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito (UNODC) pone de manifiesto la reciente preocupación de los Estados. Se señala lo siguiente: “En noviembre de 2008, el 63% de los 155 países y territorios que proporcionaron información para el presente informe había aprobado leyes contra la trata de personas respecto de las principales formas de la trata, mientras que un 16% había aprobado leyes para combatir la trata respecto de únicamente determinados elementos de la definición contenida en el Protocolo. En 2003, sólo una tercera parte de los países que abarca el presente informe había promulgado legislación contra la trata de personas; a fines de 2008, en cuatro quintas partes ya lo habían hecho. El número de países que han promulgado legislación para combatir la trata de personas se duplicó con creces entre 2003 y 2008 en respuesta a la entrada en vigor del Protocolo”. También destacan este retraso, GIMÉNEZ-SALINAS /SUSAJ y REQUENA, *La dimensión laboral*, cit. n. 12, p. 8.

23. RUMPF, *The new slavery*, cit. n. 17, p. 881.

24. Acerca de la importancia de la coordinación entre los Estados para una persecución eficaz de la criminalidad organizada, CARNEVALI, *La criminalidad organizada*, cit. n. 12, p. 289; FERRAJOLI, *Il coordinamento delle indagini nei procedimenti per delitti di criminalità organizzata*, en CORSO/INSOLERA y STORTONI (coord.), *Mafia e criminalità organizzata*, T. II, Utet, Turín, 1995, pp. 429 y ss.

3 DERECHO INTERNACIONAL

de la criminalidad organizada —que precisamente se ha desarrollado en este marco— a la decisión unilateral de cada Estado, no tiene sentido alguno y resulta completamente ineficaz²⁵.

Si bien hoy existe un creciente interés por legislar e incorporar en los ordenamientos penales nacionales disposiciones dirigidas a la punición de la trata de personas, no estamos frente a un nuevo fenómeno. En efecto, ya a principios del siglo XX se conocía este comportamiento como *trata de blancas* (*white slave traffic, traite des blanches*) denominándose así para distinguirlo de la *trata de negros* (*trade in blacks, traite des noirs*), que aludía al comercio de esclavos²⁶.

A fines del siglo XIX se traficaba con mujeres blancas, provenientes principalmente de Inglaterra, Francia, Irlanda y Alemania con el objeto de trasladarlas ya sea al Oriente o al norte de África para la prostitución o servir en los harenes. Asimismo, se vendían mujeres para atender a los obreros que trabajaban en el canal de Panamá o eran destinadas al ejército ruso durante el conflicto con Japón²⁷. Sin embargo, como es de suponer la trata no afectaba sólo a mujeres de tez blanca, pues también en California se traficaba con jóvenes chinas quienes viajaban a los Estados Unidos bajo falsas promesas de que iban a contraer matrimonio, cuando en realidad eran destinadas a la esclavitud doméstica o a la prostitución²⁸. Ya en ese entonces existía particular preocupación por la presencia de organizaciones criminales dedicadas a la venta de mujeres, siendo una de las más conocidas la denominada *Max's Association*, formada por traficantes de Nueva York²⁹.

En 1902 se celebró la Conferencia Internacional de París empleándose formalmente el término *trata de blancas* y en donde se elaboró un proyecto de Convención a fin de que los Estados participantes se comprometieran a disponer medidas para combatir la facilitación de la prostitución infantil y de adultas, en este último caso, sólo si había mediado fuerza o engaño. Precisamente, en 1904 se firmó el *Convenio para la supresión de la trata de blancas* (*International Agreement for the Suppression of the White Slave Traffic*) en que no sólo se abordó la protección de las víctimas – procurando incluso su retorno a sus países de origen –, sino que también se dispuso la supervisión de los puertos y estaciones de trenes para determinar quienes se dedicaban a la trata y el intercambio de información³⁰. Más adelante, y considerando el limitado alcance de dicho Convenio, en 1910 se realizó una nueva *Convención Internacional para la supresión de la trata de blancas* (*International Convention for the Suppression of the White Slave Traffic*), firmada en París y ratificada por trece Estados (Austria-Hungría, Alemania,

25. Sobre el punto, ROSI, *Il reato transnazionale*, en ROSI, (ed.), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, Ipsoa, Milano, 2007, pp. 67 y ss.; DI MARTINO, *Criminalità organizzata e reato transnazionale, diritto penale nazionale: l'attuazione in Italia della cd. Convenzione di Palermo*, en *Diritto penale e processo*, 1 (2007), pp. 16 y ss.; LAUDATI, *I delitti transnazionali. Nuovi modelli di incriminazione e di procedimento all'interno dell'Unione Europea*, en *Diritto penale e processo*, 4 (2006), pp. 401 y ss.; VIGNA, *Le nuove sfide della criminalità organizzata*, en BECUCCI y MASSARI, *Mafie nostre, mafie loro. Criminalità organizzata italiana e straniera nel Centro-Nord*, edizioni di Comunità, Turín, 2001, pp. 187 y ss.; CHARLESWORTH/CHINKIN y WRIGHT, *Feminist approaches to international law*, *American Journal of International Law*, 85 (1991), p. 630, quienes además destacan la incidencia de la globalización en el incremento del tráfico internacional de personas.

26. Así también, DEMLEITNER, *Forced prostitution: naming an international offense*, *Fordham International Law Journal*, 18 (1994-1995), p. 166, quien resalta que en Estados Unidos se utilizaba la expresión *White slavery*; DE LEÓN, *Tráfico de personas*, cit. n. 4, p. 33; el art. 308 del Código de Derecho Internacional Privado señala: “La piratería, la trata de negros y el comercio de esclavos, de trata de blancas, la destrucción o deterioro de cables submarinos y los demás delitos de la misma índole contra el derecho internacional, cometidos en alta mar, en el aire libre o en territorios no organizados aún en Estado, se castigarán por el captor de acuerdo con sus leyes penales”.

27. Así lo exponen, BAUCCELLS y CUENCA, *El perfil criminológico*, cit. n. 19, p. 140.

28. DE LEÓN, *Tráfico de personas*, cit. n. 4, p. 314.

29. Como afirma DE LEÓN, *Tráfico de personas*, cit. n. 4, p. 314, en el Congreso femenino internacional de 1908 celebrado en Roma se hace presente la existencia de organizaciones criminales dedicadas a la venta de mujeres.

30. NELSON, *Sex trafficking and forced prostitution: comprehensive new legal approaches*, *Houston Journal of International Law*, 24 (2001-2002), p. 558; DEMLEITNER, *Forced prostitution*, cit. n. 26, p. 167; DE LEÓN, *Tráfico de personas*, cit. n. 4, p. 87; REBOLLO/CUGAT y RODRÍGUEZ, *Normativa internacional y derecho comparado*, en GARCÍA (coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, ed. Comares, Granada, 2006, p. 34.

Bélgica, Brasil, Dinamarca, España, Francia, Gran Bretaña, Holanda, Italia, Portugal, Rusia y Suecia). Por primera vez se estableció la necesidad de adoptar medidas penales respecto de quienes inducen o someten a mujeres de cualquier edad para que ejerzan la prostitución, por medio de fuerza o engaño. Tratándose de mujeres menores de veinte años, su consentimiento se consideraba irrelevante³¹. Tras la Primera Guerra Mundial se celebró en 1921 una nueva *Convención para la supresión del tráfico de mujeres y niños* (*Convention for the suppression of the traffic in women and children*). Ya no se hablaba de *trata de blancas*, pues se extendía a los niños y mujeres de cualquier raza, elevando además la edad, para dar el consentimiento, a veintiún años. Sin embargo, siguió limitándose al igual que la Convención anterior, al tráfico, sin prestar particular atención a los delitos cometidos contra las mujeres una vez arribadas a su destino³². En 1933 tuvo lugar la *Convención para la supresión del tráfico de mujeres mayores de edad* (*Convention for the suppression of the traffic of women of full age*) a través de la cual se sancionó la inducción o atracción de mujeres hacia una vida de corrupción (en el texto se habla de “inmoral purposes”) en otros países. Precisamente, el empleo de expresiones como las descritas atentó a una más efectiva persecución, pues se mezclaban consideraciones moralizantes, de difícil precisión³³. La Convención además castigaba actos en grado de tentativa, aunque no se dispuso de efectivos instrumentos de coordinación entre los Estados.

Una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial, la comunidad internacional comenzó a tomar conciencia acerca de la real necesidad de que los derechos más esenciales de las personas debían ser debidamente resguardados, emprendiéndose por ello una sostenida tarea normativa. En este sentido, y en lo que aquí interesa, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 señala en su art. 4: “Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas”³⁴. Pues bien, en este contexto, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó en 1949 el *Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena* (*Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and the Exploitation of the Prostitution of Other*)³⁵. En general se destaca por emplear términos más precisos y claros que sus antecesoras, dirigiéndose tanto a aspectos internacionales como internos que se derivan de la trata de personas; es decir, no se requiere para estar frente un tráfico que traspase fronteras internacionales, entendiendo también que parte importante de estas conductas tienen lugar dentro de un Estado. También se aprecia la inclusión de medidas más amplias para enfrentar el tráfico, disponiendo la cooperación y coordinación entre los Estados. Sin perjuicio de los avances que presenta el Convenio en comento, en aras de una más efectiva persecución, también se observan serias deficiencias legislativas – que le han valido críticas –, entre ellas, el conflicto que se presenta entre el art. 1 que torna irrelevante el consentimiento de quien ejerce la prostitución, castigando al que la incita, corrompe o explota, y el art. 12 que deja a cada Estado la determinación de las conductas a castigar, siendo el consentimiento en muchas naciones eficaz³⁶. Y es que el Convenio no prohíbe la prostitución en cuanto tal – como se desprende del art. 6 – disponiendo la adopción de medidas dirigidas a su prevención y a rehabilitación de quienes hayan sido víctimas de la prostitución – art. 16 –.

Precisamente, uno de los temas centrales vinculados a la trata de personas dice

31. NELSON, *Sex trafficking*, cit. n. 30, p. 558; RASSAM, *Contemporary forms*, cit. n. 10, p. 337; DE LEÓN, *Tráfico de personas*, cit. n. 4, p. 88.

32. NELSON, *Sex trafficking*, cit. n. 30, p. 559;

33. También lo afirma, DE LEÓN, *Tráfico de personas*, cit. n. 4, p. 89.

34. Destacan la importancia de esta disposición, REBOLLO/CUGAT y RODRÍGUEZ, *Normativa internacional*, cit. n. 30, p. 35; PÉREZ, *Globalización*, cit. n. 7, p. 61.

35. Texto de la Convención de 1949 en [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/317\(IV\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/317(IV)). Cabe destacar que el 2 de diciembre, fecha de adopción de la Convención, se conmemora el Día Internacional para la Abolición de la Esclavitud.

36. Lo resalta NELSON, *Sex trafficking*, cit. n. 30, p. 563; FARRIOR, *The International Law on Trafficking in Women and Children for Prostitution: Making it Live Up to its Potential*, *Harvard Human Rights Journal*, 10 (1997), pp. 217 y ss.

relación a la irrelevancia o no del consentimiento, en el entendido que también se puede ser víctima aun cuando haya dado su aprobación. En efecto, uno de los problemas fundamentales que en este orden se presentan es la distinción entre la prostitución forzada y la voluntaria, pues si bien se trataría de una actividad elegida libremente, no puede obviarse que en no pocos casos tal decisión se fundamenta en las condiciones sociales y económicas en las que se encuentra la víctima, que de algún modo la determinaría en su decisión. Precisamente, son estos factores de los que se aprovechan las organizaciones criminales, sobre todo, en aquellos países pobres, que ven en el ejercicio de la prostitución una forma de combatir el desempleo³⁷. En 1956 se aprueba el *Convenio suplementario de Ginebra sobre Abolición de la esclavitud, trata de esclavos e instituciones y prácticas análogas a la Esclavitud*³⁸ (*Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery*) en que, esencialmente, se resalta el valor de la dignidad y la libertad de todo ser humano, debiendo proscribirse todas aquellas acciones que afecte o limite su ejercicio, entendiéndolas como atentatorias a los derechos fundamentales. Es así, que el art. 1 letra a) hace referencia a “La servidumbre por deudas, o sea, el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales”. Como es sabido, las organizaciones criminales que trafican con personas, obligan a éstas a trabajar en condiciones de esclavitud sobre la base de las deudas que habría contraído con su traslado³⁹.

Uno de los instrumentos más importantes en cuanto a la protección de los derechos de la mujer, es la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* de 1979 (*Convention on the Elimination of All forms of Discrimination against Women CEDAW*)⁴⁰. El art. 6 señala expresamente que los Estados deben tomar las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata y de explotación de la prostitución. Asimismo, la Convención contiene todo un catálogo de obligaciones que debe asumir el Estado a fin de garantizar la igualdad de la mujer en cuanto a su derecho a la vivienda, educación y en general a su desarrollo. Lo anterior en el entendido que, justamente, su mayor vulnerabilidad propicia que pueda caer en las redes de las organizaciones criminales⁴¹. A manera de complemento de la Convención en comento, en 1993 la Asamblea general de las Naciones Unidas adopta la *Declaración sobre la eliminación de la violencia en contra de la mujer*⁴² (*Declaration on the Elimination of Violence Against Women*), por la cual se insta a los Estados a la adopción de medidas dirigidas a la protección de los derechos de la mujer⁴³.

Finalizando este breve resumen sobre los instrumentos del Derecho internacional más importantes en esta materia⁴⁴, y antes de entrar a examinar con mayor detención la llamada Convención de Palermo, no es posible dejar de mencionar la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989⁴⁵ (*Convention on the Rights of the Child*). Y es que,

37. DE LEÓN, *Tráfico de personas*, cit. n. 4, p. 96, cita el caso de Belice donde el gobierno califica la prostitución como un trabajo de las mujeres pobres. En el informe de 1996 para la CEDAW se reconoció que la prostitución es una forma específica de emigración laboral; REBOLLO/CUGAT y RODRÍGUEZ, *Normativa internacional*, cit. n. 30, p. 36.

38. Texto del Convenio de 1956 en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/abolicion.htm>.

39. Acerca del Convenio suplementario, FARRIOR, *The International Law*, cit. n. 36, pp. 222 y ss.

40. Ver texto en <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>.

41. NELSON, Sex trafficking, cit. n. 30, pp. 564 y ss.; FARRIOR, *The International Law*, cit. n. 36, pp. 227 y ss.; DE LEÓN, *Tráfico de personas*, cit. n. 4, p. 101; REBOLLO/CUGAT y RODRÍGUEZ, *Normativa internacional*, cit. n. 30, p. 37.

42. Texto en [http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.RES.48.104.Sp?Opendocument](http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.RES.48.104.Sp?Opendocument).

43. FARRIOR, *The International Law*, cit. n. 36, p. 230; DE LEÓN, *Tráfico de personas*, cit. n. 4, p. 115; REBOLLO/CUGAT y RODRÍGUEZ, *Normativa internacional*, cit. n. 30, p. 37.

44. También cabe mencionar el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos de 2005 (Convenio de Varsovia); art. 8 del *Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos*; art. 6 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, que expresamente hace referencia a la trata de mujeres; art. 7. 2. c) del *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. En cuanto a las políticas de la Unión Europea, VILLACAMPA, La nueva Directiva europea relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, *Revista electrónica de Ciencia penal y criminología*, REPC 13-14 (2011), pp. 1 y ss.; ARROYO, *De la trata de blancas*, cit. n. 10, pp. 114 y ss.

45. Ver texto en http://www.unicef.org/mexico/spanish/mx_resources_textocdn.pdf.

como se ha señalado precedentemente, no sólo son víctimas de la trata las mujeres sino también los niños⁴⁶. Es así, que el presente instrumento se dirige a garantizar a los niños la debida protección de sus derechos, evitando cualquier forma de maltrato; entre otros, el art. 11 hace referencia a la adopción de medidas por parte del Estado para evitar el traslado ilícito de niños al extranjero, y el art. 34 en que los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales.

En los últimos veinte años se han venido sucediendo una serie de instrumentos normativos internacionales que ponen de manifiesto la especial preocupación que existe sobre el tema⁴⁷. Es así, que en la esfera de las Naciones Unidas comenzó a tratarse la relevancia de la criminalidad organizada de carácter transnacional en el llamado *Plan Mundial de acción de Nápoles contra la delincuencia organizada transnacional* de 1994, que luego fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 23 de diciembre de 1994⁴⁸. Posteriormente, tras una serie de reuniones y seminarios internacionales se aprobó en el año 2000 la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos: a) contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire y b) para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños*, conocida como la Convención de Palermo.

Sin lugar a dudas, la Convención y sus protocolos constituyen un importante esfuerzo en la definición de estrategias y medidas dirigidas a enfrentar el fenómeno de la trata de personas. Por de pronto, cabe destacar la especial atención que se presta a la criminalidad organizada – a diferencia de los instrumentos ya citados⁴⁹ –, en el entendido que se está frente a formas de delincuencia que tienen especial incidencia en el desarrollo del tráfico ilícito de personas⁵⁰. Y es que, como ya se destacó, las condiciones que hoy ofrece la globalización han sido especialmente aprovechadas por organizaciones criminales. Sobre esa base y entendiendo que se está frente a formas delictivas que traspasan fronteras, sólo se puede ser eficaz si existen políticas de armonización legislativa y de cooperación judicial. Precisamente, la Convención apunta en dicha dirección, disponiendo de definiciones sobre diversos conceptos, así como de instrumentos de asistencia judicial. En este sentido, no puede desconocerse que gran parte del fracaso para enfrentar este fenómeno – no puede entenderse de otra forma si estamos ante una de las actividades delictivas más lucrativas – se debe al retraso en las implementaciones legislativas y en las contradicciones normativas entre los diversos Estados. Asimismo, en la todavía limitada cooperación judicial y policial⁵¹. Sin perjuicio de lo anterior, la Convención no se limita a regular medidas de carácter punitivo o policial. En efecto, también hace un llamado de atención a la necesidad disponer de medidas de carácter social, considerando la especial incidencia que tanto la pobreza como la marginalidad tienen el incremento de la trata de personas, particularmente respecto de las mujeres y niños. En este sentido, no es posible dejar de considerar que quienes forman parte de las organizaciones criminales lo ven muchas veces como su única salida a su condición y quienes son objeto de la trata de personas provienen de sociedades pobres o fuertemente excluyentes, que imposibilitan toda forma de integración social.

46. También lo destacan, REBOLLO /CUGAT y RODRÍGUEZ, *Normativa internacional*, cit. n. 30, pp. 37-38.

47. BETTI, *New prospects for inter-state co-operation in criminal matters: The Palermo Convention*, *International Criminal Law Review*, 3 (2003), p. 151; NUNZI, *La Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale*, en BASSIOUNI (ed.), *La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione della criminalità organizzata e del terrorismo*, (Giuffrè, Milán, 2005), pp. 213 y ss.; ZÚÑIGA, *Criminalidad organizada*, cit. nota n. 12, pp. 48 y ss.

48. Ver en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/769/54/PDF/N9576954.pdf?OpenElement>. Cfr. MICHELINI y POLIMENI, *Il fenomeno del crimine transnazionale e la Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale*, en ROSI (ed.), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, Ipsoa, Milán, 2007, pp. 8 y ss.

49. Asimismo, se tuvo presente la ineficacia de las anteriores Convenciones, particularmente la de 1949, NELSON, *Sex trafficking*, cit. n. 30, p. 569.

50. REBOLLO/CUGAT y RODRÍGUEZ, *Normativa internacional*, cit. n. 30, p. 38; ARROYO, *De la trata de blancas*, cit. n. 10, p. 112 y ss.

51. Así, expresamente, PÉREZ, *Globalización*, cit. n. 7, p. 65.

Fundamentalmente, cuáles son las particularidades que deben ser destacadas de la presente Convención y sus protocolos.

Se establecen una serie de definiciones sobre diversas materias dirigidas a lograr ciertas armonizaciones normativas entre los Estados parte. Es así, que el art. 2 dispone, entre otras nociones, qué se entiende por *grupo delictivo organizado* y por *delito grave*, comprendiendo aquellos que llevan consigo una pena privativa de libertad de al menos cuatro años. El art. 3 precisa cuándo se está frente a un delito de carácter transnacional. Asimismo, la Convención señala la necesidad de tipificar cuatro delitos, a saber, *la participación en un grupo criminal organizado* – art. 5 –, que apunta esencialmente a facilitar o colaborar en la comisión de los delitos en los que intervienen grupos organizados; el *blanqueo de capitales* – art. 6 –; la *corrupción* – art. 8 –, en los que se vean involucrados funcionarios públicos favoreciendo las actividades de grupos criminales organizados y, por último, la *obstrucción a la justicia* – art. 23 –, en el entendido que se utilicen medios de coerción dirigidos a inducir a falso testimonio u obstaculizar la prestación de testimonio o la aportación de pruebas, como asimismo, actos que condicionen el cumplimiento de la ley⁵².

El art. 31 dispone la necesidad de establecer medidas de prevención por parte de los Estados. Entre las disposiciones contenidas en dicho artículo se indica que debe procurarse, de conformidad con los principios fundamentales del derecho interno, reducir las oportunidades actuales o futuras de que dispongan los grupos delictivos organizados para participar en mercados lícitos con el producto del delito, adoptando oportunamente medidas legislativas o administrativas, entre ellas: la prevención de la utilización indebida por parte de grupos delictivos organizados de licitaciones públicas y de subsidios y licencias concedidos por autoridades públicas para realizar actividades comerciales. Así también, prevenir la utilización indebida de personas jurídicas por parte de grupos delictivos organizados. Sobre esto último, cabe resaltar que el art. 10 de la Convención se hace cargo de la necesidad de establecer normas sancionatorias – no indica que deban ser penales – para las personas jurídicas⁵³.

En lo que respecta a los protocolos, me referiré al *Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños*, materia que motiva este trabajo. Pues bien, éste apunta esencialmente a la adopción de medidas de colaboración dirigidas a enfrentar tales comportamientos⁵⁴. En este sentido, llama positivamente la atención que en el Preámbulo se refiera a la necesidad de adoptar medidas de prevención en los *países de origen, tránsito y destino*. No es un misterio que buena parte del problema tiene su génesis en los países de origen, en donde deben implementarse políticas serias en materia económica, social y educativa – amén de las punitivas, claro está –, pues, la pobreza y la carencia de políticas de integración social son factores determinantes en el incremento de la trata de personas. En la actualidad, el peso para enfrentar este delito radica esencialmente en los países de destino, los que, como es obvio, enfatizan en las medidas punitivas, las que son del todo insuficientes. Un tratamiento integral, con especial énfasis en las sociedades de origen, permitiría vislumbrar un mayor éxito en esta materia⁵⁵.

El art. 3 define qué se entiende por trata de personas – expuesta al inicio de este trabajo para distinguirla del tráfico ilícito de migrantes –, disponiendo el art. 5 las

52. El art. 34. 2. señala: “Los Estados Parte tipificarán en su derecho interno los delitos tipificados de conformidad con los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención independientemente del carácter transnacional o la participación de un grupo delictivo organizado según la definición contenida en el párrafo 1 del artículo 3 de la presente Convención, salvo en la medida en que el artículo 5 de la presente Convención exija la participación de un grupo delictivo organizado”. De lo anterior, se desprende que las normas de la Convención pueden aplicarse aun cuando los delitos sean cometidos por una sola persona y no tengan carácter transnacional. Cfr. PÉREZ, *Globalización*, cit. n. 7, p. 65.

53. Acerca de la incidencia de la responsabilidad de las personas jurídicas como medida para enfrentar la criminalidad organizada, CARNEVALI, *La criminalidad organizada*, cit. n. 12, p. 294 y ss.

54. DE LEÓN, *Tráfico de personas*, cit. n. 4, p. 127 y ss.

55. Así lo destacan, REBOLLO /CUGAT y RODRÍGUEZ, *Normativa internacional*, cit. n. 30, p. 48.

medidas que cada Estado debe adoptar para su penalización. Por su parte, el art. 3 b) se refiere al consentimiento de la víctima, afirmándose su irrelevancia cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en el art. 3 a), a saber, la amenaza, uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios.

Parece importante una disposición de esta naturaleza, considerando las particularidades que se presentan en la trata, donde se cosifica a la víctima considerándola como objeto de transacción. La víctima se halla en condiciones de inferioridad y bajo el control de otro, que la aprecia *como si fuera* su propietario⁵⁶. Sin embargo, no se dispone la total irrelevancia del consentimiento, salvo tratándose de menores.

El art. 9 del Protocolo dispone que los Estados deben adoptar medidas de prevención, como, por ejemplo, la de proteger a las víctimas de trata de personas, especialmente, mujeres y los niños, contra nuevos riesgos de victimización⁵⁷. Asimismo, la de mitigar factores como la pobreza, el subdesarrollo y la falta de oportunidades equitativas que hacen a las personas, vulnerables a la trata. Por último, entre otros aspectos tratados en el Protocolo, el art. 11 se refiere a las medidas fronterizas y los necesarios controles que al respecto se deben adoptar.

A la luz de las disposiciones de la Convención y sus protocolos surge la siguiente cuestión⁵⁸: no es un misterio que en diversos países del sudeste asiático – así como en otras regiones, incluida Latinoamérica – existen talleres textiles en donde muchas personas trabajan en condiciones de esclavitud, en donde no se respetan las condiciones mínimas laborales y de salubridad. Muchas de estas personas – particularmente mujeres y niños – provienen del mismo país o de un área geográfica cercana. Pues bien, si entendemos que tales actividades empresariales se estructuran con la intervención de grupos organizados, ¿qué sucede si estas empresas son subcontratadas por multinacionales? Si estas empresas pueden llegar a ser estimadas grupos criminales organizados, ¿sería la multinacional cómplice? Al respecto debe tenerse en cuenta lo siguiente: si se llega a determinar que se está frente a delitos que tienen un carácter transnacional y en el que intervendrían grupos organizados, la multinacional podría ser calificada de cómplice a la luz de lo dispuesto en el art. 5. 2. b) del Protocolo sobre trata de personas⁵⁹. Incluso, puede tenerse en consideración lo señalado en el art. 5 de la Convención sobre participación en un grupo criminal organizado⁶⁰. Indudablemente,

56. En este sentido, GARCÍA, *Introducción*, cit. n. 5, p. 17; PÉREZ, *Globalización*, cit. n. 7, p. 69.

57. Sobre este punto, el art. 6 se refiere a la Asistencia y protección a las víctimas de la trata de personas y el art. 7 al Régimen aplicable a las víctimas de la trata de personas en el Estado receptor. Se procuró no disponer un derecho de permanencia en el país de destino, a fin de evitar una especie de incentivo al tráfico de personas. Si bien cabe que los Estados receptores dispongan de políticas flexibles que permitan, en su caso, la permanencia de la persona objeto del tráfico, los Estados de origen deben facilitar la repatriación. Al respecto, DE LEÓN, *Tráfico de personas*, cit. n. 4, p. 129.

58. Expuesta por VARGAS/CUGAT y RODRÍGUEZ, *Normativa internacional*, cit. n. 30, p. 50.

59. Art. 5: “1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito en su derecho interno las conductas enunciadas en el artículo 3 del presente Protocolo, cuando se cometan intencionalmente. 2. Cada Estado Parte adoptará asimismo las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito: a) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la tentativa de comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo; b) La participación como cómplice en la comisión de un delito tipificado con el arreglo al párrafo 1 del presente artículo; y c) La organización o dirección de otras personas para la comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo”.

60. Art. 5: “Penalización de la participación en un grupo Delictivo organizado

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) Una de las conductas siguientes, o ambas, como delitos distintos de los que entrañen el intento o la consumación de la actividad delictiva:

i) El acuerdo con una o más personas de cometer un delito grave con un propósito que guarde relación directa o indirecta con la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material y, cuando así lo prescriba el derecho interno, que entrañe un acto perpetrado por uno de los participantes para llevar adelante ese acuerdo o que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado;

ii) La conducta de toda persona que, a sabiendas de la finalidad y actividad delictiva general de un grupo delictivo organizado o de su intención de cometer los delitos en cuestión, participe activamente en:

a. Actividades ilícitas del grupo delictivo organizado;

b. Otras actividades del grupo delictivo organizado, a sabiendas de que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva antes descrita;

b) La organización, dirección, ayuda, incitación, facilitación o asesoramiento en aras de la comisión de un delito grave que entrañe la participación de un

son planteamientos que requieren de un mayor examen, pero no cabe duda que se está frente a actividades económicas del todo reprochables, que se realizan con un costo humano y de sufrimiento que bien merece una mayor atención. Lamentablemente todos intuimos – mejor dicho, sabemos – qué sucede, pero poco hacemos por detenerlo⁶¹.

5

DERECHO INTERNO

Como consecuencia de la promulgación en Chile de la Convención de Palermo y sus protocolos a través del Decreto Supremo 342 de 2004, se presentó al poco tiempo – principios de 2005 – un proyecto de ley dirigido a *tipificar el delito de tráfico de niños y personas adultas y a establecer normas para su prevención y más efectiva persecución criminal* – Boletín 3778-18 –. Dicho proyecto y tras una larga discusión parlamentaria dio lugar a la Ley 20.507 de 8 de abril de 2011. Tal como consta en la historia de la ley, entre las razones esgrimidas para la presentación del proyecto, amén de la reciente promulgación de la Convención de Palermo, se tomó en consideración no sólo la deficiente regulación en nuestro país de la trata de personas, en especial el art. 367 *bis* del Código penal, sino también la necesidad de disponer de mejores técnicas de investigación. Asimismo, se resaltó que recientes estudios de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) daban cuenta que Chile se estaba constituyendo en país de origen, tránsito y destino de personas que eran dirigidas a la explotación sexual.

La promulgación en Chile de una ley que tipifica el delito de trata de personas debe valorarse positivamente, pues no sólo se materializa con ello obligaciones internacionales contraídas por el Estado, sino que además permite contar con mejores herramientas para enfrentar esta clase de delitos, sobre todo considerando, como se ha dicho, la intervención de grupos criminales organizados. En este sentido, se recogen de manera importante las medidas dispuestas en la propia Convención de Palermo.

Antes de examinar algunas de las particularidades que presentan las disposiciones contenidas en la ley, comprendidas buena parte de ellas en el Código penal, quisiera detenerme en la discusión sobre el *bien jurídico protegido*. Precisamente, la determinación de cuál es el objeto de protección en el delito de trata de personas no ha sido un tema pacífico en la doctrina. En efecto, un sector sostiene que lo que se protege es la *dignidad humana*⁶², entendiendo que el tráfico de personas, tal como ha sido comprendido en los diversos instrumentos internacionales sobre derechos fundamentales, violentaría derechos y garantías personales, como son la libertad, el desarrollo de la personalidad o la igualdad. Como señala De León Villalba, todos ellos son derechos reconocidos por las constituciones políticas y las convenciones internacionales, como principios y valores que sustentan un Estado democrático de Derecho, en que el respeto a la dignidad humana es un pilar esencial⁶³. Se considera la dignidad como base fundamental para el ejercicio de otros derechos, impidiendo que se aprecie a la persona como mercancía, esto es, que sea vejada al “cosificársela”, al humillarla como ser humano, reduciéndola a un mero objeto transable⁶⁴. Por lo anterior, el amparo penal de la dignidad no se limita a la

grupo delictivo organizado.

2. El conocimiento, la intención, la finalidad, el propósito o el acuerdo a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas.

3. Los Estados Parte cuyo derecho interno requiera la participación de un grupo delictivo organizado para la penalización de los delitos tipificados con arreglo al inciso i) del apartado a) del párrafo 1 del presente artículo velarán por que su derecho interno comprenda todos los delitos graves que entrañen la participación de grupos delictivos organizados. Esos Estados Parte, así como los Estados Parte cuyo derecho interno requiera la comisión de un acto que tenga por objeto llevar adelante el acuerdo concertado con el propósito de cometer los delitos tipificados con arreglo al inciso i) del apartado a) del párrafo 1 del presente artículo, lo notificarán al Secretario General de las Naciones Unidas en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de adhesión a ella”.

61. Así lo dejan claro, VARGAS/CUGAT y RODRÍGUEZ, *Normativa internacional*, cit. n. 30, p. 51.

62. Al respecto, GALLEGO, *Sobre el concepto y fundamento de la dignidad humana*, en VELÁSQUEZ (coord.), *Derecho penal y dignidad humana*, Temis, Bogotá, 2005, pp. 245 y ss.

63. DE LEÓN, *Tráfico de personas*, cit. n. 4, p. 328.

64. VILLACAMPA, *Título XV bis*, cit. n. 7, p. 1115. Para PÉREZ, *Globalización*, cit. n. 7, p. 179, se está frente a un delito pluriofensivo que presenta dos

protección de la vida, libertad, salud u otros derechos fundamentales de la persona, pues aún queda un “remanente” – siguiendo lo expuesto por Alonso Álamó – que sería lo específicamente humano que se podría ver afectado, incluso aunque no se atente contra los valores recién indicados⁶⁵.

Sin perjuicio de lo expuesto, parece discutible considerar la dignidad humana como un bien jurídico distinto y autónomo de otros intereses protegidos por el Derecho penal. Y es que la dignidad, en cuanto tal, es de donde derivan diversos derechos personalísimos —así, la vida, libertad, honor, integridad, entre otros—, cuya protección sí se recoge en el Derecho penal. Dicho en otros términos, a través del resguardo penal de estos intereses también se ampara la dignidad de toda persona⁶⁶. Parece difícil entonces, sostenerse que de la afectación a la dignidad pueda por sí sola derivarse el contenido de injusto necesario de una conducta punible⁶⁷. El respeto a la dignidad humana se constituye pues, en el núcleo central del que se dependen otros intereses de la persona. En consecuencia, la precisión de cómo son protegidos, la determinación de cómo se ponderan en caso de colisión, siempre debe entenderse sobre la base del respeto a la dignidad.

Conforme a lo expuesto, soy del parecer que los objetos de protección no pueden ser sino la *libertad, la seguridad personal y la salud* —regulados como delitos de peligro concreto—⁶⁸. En este sentido, comparto lo expuesto por Guzmán Dálbora al afirmar que en caso de cosificación de la persona, en que se la reduce a condiciones análogas a la esclavitud, lo que se ofende no es su dignidad, sino que su libertad jurídica⁶⁹. Lo que se aprecia es un abuso de una situación de necesidad que determina la afectación de la capacidad del sujeto de autodeterminarse libremente, de manera que la decisión adoptada está fuertemente condicionada.

Vinculado con lo recién expuesto, surge la cuestión relativa a la relevancia del *consentimiento* y la eventual disponibilidad del bien tutelado. Sobre este punto es preciso realizar algunas precisiones. El antiguo art. 367 *bis* del Código penal que recogía imperfectamente el delito examinado, disponía en su inciso 1º que para su configuración no era necesaria la concurrencia ni de violencia ni de intimidación, así tampoco de engaño o abuso de autoridad – sí se contemplaban para su agravación en el inciso 2º –. Bastaba pues, la promoción o facilitación de la entrada o salida de personas para que ejerzan la prostitución dentro o fuera del país. Pues bien, de lo anterior podía desprenderse que el consentimiento no era relevante, entendiendo que el contexto – trasladarse a otro país – en que se hallaba la víctima producía el suficiente desamparo y peligro para su propia seguridad⁷⁰.

Sin lugar a dudas, regulada en los términos expuestos, la figura básica del inciso 1º del art. 367 *bis* – actividad consentida por todos los intervinientes en el acto – resultaba

facetas: una de carácter colectivo, en donde se protege la dignidad de los extranjeros en cuanto sujetos pertenecientes a un colectivo o grupo determinado (dignidad-igualdad), y otro de carácter individual, en cuanto se protegen derecho de individuos particulares, como la libertad sexual (dignidad-libertad). Agrega esta autora, que la dañosidad individual se toma como un complemento que explica la trascendencia del tráfico, pero que no desplaza la esencial contemplación en clave supraindividual de la nocividad de estos comportamientos, esto es, su dignidad (dignidad-igualdad-libertad).

65. ALONSO, ¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual, *Revista Derecho penal contemporáneo*, 17 (2006), p. 175. Así también, SOTO, Aspectos dogmáticos del delito de trata de personas del artículo 3º del protocolo de Palermo, *Revista Jurídica del Ministerio Público*, 39 (2009), p. 175.

66. Así lo señala claramente, RODRÍGUEZ, *Delitos sexuales*, editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 82: “todos los delitos que atentan contra intereses individuales – e incluso, varios de los que lesionan intereses colectivos – importan también un ataque al valor de la dignidad humana, en cuanto privan al afectado de la posibilidad de ejercer la plenitud de las facultades de que está investido en su condición de ser humano; y particularmente, en aquellos que afectan al individuo en sus atributos físicos, todos los cuales importan una objetivización de la persona”. Para DIEZ, *Título VIII, delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, en DIEZ y ROMEO (coord.), *Comentarios al Código penal*, Vol II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 242, el concepto de dignidad humana es poco adecuado para caracterizar un bien jurídico. Crítica también, POZUELO, *Tráfico de personas y explotación sexual*, en BACIGALUPO y CANCIO (coord.), *Derecho penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona, 2005, p. 432.

67. Como sostiene, GUZMÁN, La trata de personas y el problema del bien jurídico, *Revista Procesal Penal*, 62 (2007), p. 16, no es posible confundir un atributo de la personalidad con aquellos elementos que posibilitan su conservación en el disfrute de dicha prerrogativa.

68. ARROYO, *De la trata de blancas*, cit. n. 10, p. 112.

69. GUZMÁN, *La trata de personas*, cit. n. 67, p. 17.

70. Así, POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, *Lecciones de Derecho penal chileno, Parte Especial*, 2º ed. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 215.

particularmente criticable, ya que el juicio moral que a cada uno pueda merecer el ejercicio de la prostitución sólo puede residir en el fuero íntimo de cada persona, no correspondiendo al Estado su persecución⁷¹. Cosa distinta, claro está, a contece si media violencia, intimidación o engaño, pues son los medios por lo demás, que frecuentemente se emplean en la comisión del delito en comento⁷².

Pues bien, qué sucede hoy bajo la nueva regulación. Curiosamente el art. 411 *ter* del Código punitivo mantiene el mismo supuesto del derogado inciso 1º del art. 367 *bis*⁷³. El delito de trata de personas en los términos propuesto por la Convención de Palermo están comprendidos en el art. 411 *quater*.

No deja de llamar la atención que el legislador haya mantenido la figura dispuesta en el art. 411 *ter*, pues de la Convención de Palermo no se desprende la obligación de incriminar este supuesto. En efecto, tratándose de personas mayores de edad no se comprenden en dicho instrumento internacional aquellos casos en que voluntariamente se acepta el traslado, es decir, la llamada hipótesis de “trata no forzada”⁷⁴, en que las partes intervinientes conocen el alcance y propósito del acto. Es más, la propia Naciones Unidas así también lo entiende al señalar que si una persona está plenamente informada de una línea de conducta que podría en otras circunstancias constituir explotación y trata según el Protocolo y, pese a ello da su consentimiento, el delito de trata no se produce⁷⁵. Por cierto, cosa distinta es que dicho consentimiento hubiera sido obtenido u otorgado en una etapa posterior al proceso mediante amenaza, fuerza, abuso, fraude o engaño, pues en estos casos sí se está frente al delito examinado, regulado en el art. 411 *quater*, concurriendo, claro está, un fin de explotación⁷⁶.

Ahora bien, si la idea del legislador al mantener la norma del art. 411 *ter* tiene como fundamento que el consentimiento no es otorgado libremente, en el entendido que la víctima se halla en un contexto de desamparo y de privación para pedir auxilio –lejos de su país de origen y en que el retorno puede ser riesgoso –, y en que además se presta para ejercer la prostitución⁷⁷, soy del parecer que dichos casos se pueden comprender también en el art. 411 *quater*, cuando se refiere a la *situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima*. Precisamente, dentro de la constelación de supuestos que puede abarcar la circunstancia descrita se halla el caso examinado, en donde la víctima se ve de algún modo coaccionada por los peligros a los que se puede exponer, viendo amenazada su libertad o seguridad⁷⁸.

Por lo expuesto, y considerando que igualmente la figura del art. 411 *quater* abarca aquellas hipótesis de consentimiento “viciado”, no parece razonable que permanezca en el catálogo punitivo la conducta descrita en el art. 411 *ter*. Por lo demás, resulta

71. Crítico al castigo de la trata consentida, GUZMÁN, *La trata de personas*, cit. n. 67, p. 17; DAUNIS, *Sobre la urgente necesidad*, cit. n. 2, p. 26, afirma que englobar todas las conductas bajo el denominador común de engaño, abuso de necesidad o especial vulnerabilidad de la víctima sería impedir que muchas mujeres puedan ejercer el trabajo sexual, al que decidieron dedicarse libremente.

72. Así lo ponen en evidencia, POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, *Lecciones*, cit. n. 70, p. 215; CARMONA, *Trata sexual de mujeres y prostitución forzada. Algunas notas críticas con motivo de la LO 11/2003*, en CARBONELL y otros (coord.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 203, señala que el fundamento común de estos mecanismos coactivos es el mayor desvalor de injusto que representa traficar con personas sometidas en su voluntad.

73. Los cambios en la redacción son mínimos, salvo que se modificó la pena de presidio a reclusión –vaya uno a saber para qué– y la multa, que ahora es sólo de 20 unidades tributarias mensuales.

74. En el mismo sentido, ARROYO, *De la trata de blancas*, cit. n. 10, p. 112.

75. *Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito*, Manual para la lucha contra la trata de personas (2007), p. 19: “En muchos casos de trata hay un consentimiento o cooperación iniciales entre las víctimas y los traficantes, seguido después por una situación de coacción, abuso o explotación. Todo consentimiento inicial queda efectivamente anulado cuando comienza el engaño, sigue la coacción o hay abuso de poder en algún momento del proceso, conforme al apartado b) del artículo 3 del Protocolo contra la trata de personas”.

76. Considerando la estructura típica del art. 411 *quater* se está frente a un delito de intención –o también denominados de tendencia interna trascendente–, en particular un delito mutilado en dos actos. Si bien el autor persigue determinados fines –en este caso de explotación o de extracción de órganos– aun cuando no se concreten, nada impide que igualmente se configure el delito. Al respecto, LUZÓN, *Curso de Derecho penal, Parte general*, Universitas, Madrid, 1996, p. 396.

77. POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, *Lecciones*, cit. n. 70, p. 216.

78. Supuesto similar al delito de estupro, concretamente a los Nº 3 del art. 363 del Código penal. Acerca de la situación de vulnerabilidad, HERNÁNDEZ, *El delito de tráfico de personas para su explotación sexual*, en LAURENZO (coord.), *Inmigración y Derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 248.

particularmente cuestionable que el Código penal estime, en estos casos, irrelevante el consentimiento de una persona mayor de edad, sin que aquello se pueda estimar una injerencia indebida a la esfera íntima de cada individuo, en donde no se aprecia ningún interés jurídico que proteger.

En todo caso, hay que reconocer que detrás de esta discusión, se expresan posiciones valóricas divergentes en torno a cómo debe entenderse el ejercicio de la prostitución. Por un lado, están quienes pretenden proscribir todos los actos vinculados a la prostitución, pues se atenta contra la dignidad de la mujer – algún sector feminista extremo estima que habría violación – ⁷⁹. En cambio, otros sostienen que aun cuando se trate de una actividad profesional ingrata, al igual que otras, en la medida que se haya decidido libremente, se debe aceptar⁸⁰.

Otro aspecto interesante de destacar de la actual normativa, es que se contempla la llamada *trata interna de personas*, esto es, aquel tráfico que tiene lugar al interior de un país. Si bien la Convención de Palermo no distingue, abarcando ambos supuestos, la comprensión de esta hipótesis generó discusión en nuestro Parlamento⁸¹. Se sostuvo que no podía equipararse la situación del extranjero que arriba al país con la del nacional, ya que ambos viven y enfrentan contextos diversos, pues la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el extranjero es mayor, dada las condiciones de clandestinidad que enfrenta. También se argumentó, que las normas internas podían hacerse cargo de lo acontecido con el nacional. Sin embargo, se optó, a mi modo de ver correctamente, por no establecer distinciones, pues el nacional, dentro de un contexto de tráfico interno, puede enfrentar las mismas situaciones de desarraigo y vulnerabilidad que el extranjero. Distinguir, podría colocar al nacional en una situación desventajosa en cuanto a la tuición de sus intereses.

6 CONCLUSIÓN

Si bien ha transcurrido un tiempo considerable entre la promulgación de la Convención de Palermo y la dictación de los tipos penales que regulan la trata de personas, debe celebrarse que Chile disponga por fin de disposiciones sobre esta materia. Como se afirmó durante la exposición de este trabajo, una de las grandes debilidades observadas para una eficaz persecución, se refiere a la lentitud de los Estados por incorporar este delito a sus ordenamientos penales.

Sin perjuicio de los cuestionamientos realizados a los tipos penales contemplados en el Código, es importante destacar que nuestro ordenamiento distingue claramente entre el delito de trata de personas y el tráfico de migrantes, no incurriendo de este modo en las confusiones – como se destacó *supra* – que sí a contecan en la legislación española. Se sigue así, las directrices que impone la Convención de Palermo. Asimismo, y considerando la trascendencia que este ámbito ha ido adquiriendo el crimen organizado, se dispone del castigo de esta forma de delincuencia. En todo caso, resulta lamentable que se haya limitado a una mera remisión al antiguo delito de asociación ilícita – art. 292 y ss. del Código penal –, perdiéndose la oportunidad de abordar con mayor profundidad esta materia, disponiendo de mejores reglas de imputación dada las particulares dificultades que presentan los delitos con multiplicidad de intervinientes.

Cabe resaltar así también, las medidas de protección a las víctimas contempladas en

79. ALONSO, *¿Protección penal*, cit. n. 65, p. 191, señala: “...la prostitución suele estar unida a la marginación y a la pobreza, de manera que, incluso cuando es aparentemente libre, el consentimiento puede hallarse mediatizado, viciado y, pese a todo, no concurrir el “abuso” de la situación de necesidad que reclamara el correspondiente tipo penal. Pero es que, incluso concediendo que el ejercicio de la prostitución fuere “libre”, o se percibiera y se viviera como tal, quedaría por resolver si este ejercicio de la libertad debe ser puesto a la luz de la dignidad de la persona, dignidad “secularizada” – positivada –, ahuyentando el miedo a la dignidad que parte, a nuestro modo de ver equivocadamente, de confundirla con la moralidad o con una recaída en la protección de la moral sexual colectiva”.

80. ARROYO, *De la trata de blancas*, cit. n. 10, pp. 118-119.

81. GAJARDO y TORRES, *Los tipos penales del tráfico de migrantes y trata de personas en la Ley 20.507*, *Revista Jurídica del Ministerio Público*, 47 (2011), p. 243.

el art. 78 *bis* del Código procesal penal, en que se atiende a las especiales condiciones de vulnerabilidad en que se encuentran. Asimismo, las dispuestas en el Decreto ley 1.094 de 1975 sobre extranjeros en Chile, que permite la residencia temporal para el eventual ejercicio de acciones penales, prohibiéndose la repatriación de las víctimas en caso de peligro a su integridad en sus países de origen.

En todo caso, y sin negar la importancia que puede tener el Derecho penal, no se puede desconocer que estas formas de comportamientos vinculados al tráfico de seres humanos, están intensamente ligadas a consideraciones de carácter económico. Por tanto, el papel que puede desempeñar la herramienta punitiva es más bien modesto, reduciéndose a la más completa ineficacia si no existen mecanismos de colaboración interestatal.

La pobreza y los grandes desequilibrios económicos provocados por el mercado global han motivado fuertes olas de inmigración, dando lugar a una especie de “industria del sexo” y de mano de obra sometida a condiciones de explotación, lo que genera grandes ganancias, que son aprovechadas por el crimen organizado. Estos son los factores que inciden directamente en el incremento de la trata de personas. Por tanto, mientras no exista una política seria de inversión en desarrollo social y económico en los países de origen muy poco se avanzará.

La pena accessoria della decadenza dai *parental rights* e la Corte EDU. Riflessioni a partire dal caso *M.D. and Others v. Malta*

SOMMARIO

1. PREMessa. – 2. IL CASO DAVANTI AI GIUDICI NAZIONALI. DAL CARE ORDER ALLA CONDANNA PER MALTRATTAMENTI. – 3. LA DECISIONE DELLA CORTE DI STRASBURGO. LA DECADENZA DAI PARENTAL RIGHTS NEL PRISMA DELL'ART. 8 CEDU. – 3.1. I PRECEDENTI: LE PRONUNCE DELLA CORTE EDU CONTRO LA ROMANIA. – 3.2. L'INTERESSE DEL MINORE TRA MARGINE DI APPREZZAMENTO E FAIR BALANCE. – 3.3. LE INDICAZIONI DELLA CORTE EDU ALLO STATO DI MALTA. – 3.4. LA CONCURRING OPINION DEL GIUDICE SCICLUNA. – 4. PERCORSI DIFFERENTI VERSO ESITI COMUNI? CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA E CORTE EDU A CONFRONTO SULLA PENA ACCESSORIA INTERDITTIVA DELLA POTESTÀ GENITORIALE. – 5. PENE ACCESSORIE E POTESTÀ GENITORIALE: RIFLESSIONI PER UN'ALTERNATIVA POSSIBILE.

1 PREMESSA

Il tema delle pene accessorie che incidono sull'esercizio della potestà genitoriale, di stretta attualità nel panorama giurisprudenziale e nel dibattito scientifico italiani, si è affacciato anche allo scenario della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Sebbene sorto nell'alveo di un differente ordinamento giuridico, il caso *M.D. and Others v. Malta*¹ merita di essere inserito in questo dibattito, non soltanto per il suo esito – è stata dichiarata la violazione di norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo – ma anche per i molteplici spunti di riflessione offerti all'interprete. La vicenda pone emblematicamente in evidenza come, nei casi in cui le offese ai diritti dei minori provengano dall'interno del nucleo familiare di appartenenza, gli interventi della pubblica autorità, orientati in linea teorica ad apprestare soluzioni a tutela dei soggetti più deboli, possano rivelarsi strumenti sproporzionati o eccessivamente rigidi, inidonei ad assicurare un'adeguata composizione di tutti gli interessi in gioco.

2 IL CASO DAVANTI AI GIUDICI NAZIONALI. DAL CARE ORDER ALLA CONDANNA PER MALTRATTAMENTI

L'intervento della Corte di Strasburgo è stato sollecitato da una cittadina della Repubblica di Malta, M.D., che nell'interesse proprio e dei due figli minori lamentava l'assenza, nell'ambito dell'ordinamento nazionale, di mezzi di impugnazione nei confronti di un *care order*², con il quale le era stato sottratto in via definitiva l'affidamento dei figli, all'epoca di cinque e tre anni, per condotte maltrattanti perpetrate nei loro confronti. Il provvedimento, emesso dal *Social Policy Minister*, era stato confermato a distanza di

1. Corte EDU, 17 luglio 2012, *M.D. and Others v. Malta*, ric. n. 64791/10, in www.echr.coe.int.

2. L'applicazione di un *care order* nei confronti di minori che necessitano di cura, di protezione o di controllo è regolata dall'art. 4 del *Children and Young Persons (Care Orders) Act* del 1980, *Chapter 285 of Laws of Malta*. Il comma 1 del suddetto articolo dispone: «If, on representations made to him in writing by the Director of the Department responsible for social welfare and after giving the parents and the guardian, if any, of the child or young person an opportunity to express their view, and after hearing any other person he may deem likely to assist him, the Minister is satisfied that that child or young person is in need of care, protection or control, it shall be the duty of the Minister by an order in writing under his hand to take such child or young person into his care». Cfr. www.justiceservice.gov.mt.

poche settimane dalla *Juvenile Court*³.

Dato il carattere definitivo della misura⁴, la madre si rivolgeva alla *First Hall of the Civil Court*, che nell'ordinamento maltese è competente a conoscere – tra l'altro⁵ – i casi in cui sia lamentata una violazione dei diritti fondamentali dell'uomo, siano essi garantiti dalla Costituzione oppure dalla CEDU, così come incorporata nella legislazione nazionale⁶. La ricorrente fondava la propria azione sugli articoli 6 § 1 e 13 CEDU (che riconoscono rispettivamente il diritto a un equo processo⁷ e il diritto a un ricorso effettivo⁸) e 8 CEDU (che tutela il diritto al rispetto della vita privata e familiare⁹), denunciando l'assenza nel *Children and Young Persons (Care Orders) Act* di strumenti idonei a contrastare un *care order* divenuto irrevocabile, anche in caso di sopravvenuto, rilevante mutamento delle circostanze di fatto.

La *First Hall* respingeva il ricorso in relazione all'art. 8 CEDU, rilevando che il diritto al rispetto della vita familiare non aveva subito alcuna effettiva lesione, in considerazione dei frequenti contatti che la madre aveva ottenuto con i figli. La Corte ravvisava, invece, una violazione dell'art. 6 § 1 CEDU¹⁰, poiché la legislazione interna non prevede che il *care order* possa divenire oggetto di riesame da parte di un organo giudiziario indipendente ed imparziale, estraneo a quella sfera di competenza (amministrativa) dalla quale proviene. La *First Hall* respingeva in via conclusiva la richiesta di revoca del *care order* ma, in base ad una – ragionevole – disposizione presente nella legislazione maltese¹¹, ordinava che una copia della sentenza fosse inviata allo *Speaker of the House of Representatives*¹², al fine di promuovere da parte del Parlamento nazionale un emendamento della normativa in relazione ai limiti evidenziati.

Nel frattempo, per i comportamenti offensivi tenuti nei confronti dei minori era

3. La competenza della *Juvenile Court* a decidere delle impugnazioni nei confronti del *care order* è disciplinata dall'articolo 4, commi 3 e 4, del *Children and Young Persons (Care Orders) Act*. L'eventuale opposizione deve essere presentata entro il termine di ventuno giorni dalla comunicazione del provvedimento. Quando il caso è devoluto alla *Juvenile Court*, ad essa spetta il compito di «review the whole case and decide whether the child or young person is in need of care, protection or control». La Corte potrà confermare in via definitiva oppure revocare il *care order* emesso dal *Minister*.

4. Secondo la legislazione maltese, in caso di esito negativo del giudizio di opposizione il *care order* ha carattere definitivo, fino al raggiungimento della maggiore età da parte del minore. A norma dell'art. 4, comma 5, del *Children and Young Persons (Care Orders) Act*, «An order made under subarticle (1) shall, unless it has ceased to have effect earlier, cease to have effect on the date on which the child or young person in respect of whom the order is made attains the age of eighteen years». Un'eventuale revoca del *care order* definitivo non può essere sollecitata a richiesta del genitore interessato, essendo rimessa ad una valutazione discrezionale del *Social Policy Minister*, sulla base di resoconti periodici dei servizi sociali. Nel caso di specie, nonostante M.D. avesse offerto dimostrazioni tangibili di ravvedimento rispetto alla precedente condotta, tanto da ottenere contatti sempre più frequenti con i figli sotto la sorveglianza dei servizi sociali, le era impedita ogni possibilità di ulteriore impugnazione del provvedimento e, per questa via, ogni tentativo di ricomposizione del proprio nucleo familiare.

5. La *Civil Court* maltese è composta da tre Sezioni. Di particolare rilievo è la *First Hall*, che ha competenza giudiziaria in materie civili e commerciali, oltre che per le controversie in cui siano lamentate violazioni di diritti costituzionali e di libertà fondamentali tutelate dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, cfr. www.judiciarymalta.gov.mt.

6. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo è stata ratificata dalla Repubblica di Malta ed incorporata nella legislazione nazionale attraverso il *European Convention Act* del 1987 (*Chapter 319 of Laws of Malta*), cfr. www.justiceservice.gov.mt.

7. L'articolo 6 § 1 CEDU (*Diritto a un equo processo*) afferma il diritto di ogni persona «a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti [...]».

8. Secondo l'articolo 13 CEDU (*Diritto a un ricorso effettivo*) «Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali».

9. L'articolo 8 CEDU (*Diritto al rispetto della vita privata e familiare*) stabilisce che «1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

10. Mentre la lamentata violazione dell'art. 13 CEDU è stata considerata dalla *First Hall* assorbita.

11. Cfr. *Code of Organization and Civil Procedure (Chapter 12 of Laws of Malta)*, art. 242: «(1) When a court, by a judgment which has become *res judicata*, declares any provision of any law to run counter to any provision of the Constitution of Malta or to any human right or fundamental freedom set out in the First Schedule to the European Convention Act, or to be *ultra vires*, the registrar shall send a copy of the said judgment to the Speaker of the House of Representatives, who shall during the first sitting of the House following the receipt of such judgment inform the House of such receipt and lay a copy of the judgment on the table of the House», cfr. www.justiceservice.gov.mt.

12. La *House of Representatives* è l'organo legislativo unicamerale della Repubblica di Malta e compone, insieme al Presidente, il Parlamento nazionale (art. 51 Cost.). La Camera è presieduta dallo *Speaker of the House*. Cfr. www.parliament.mt.

3 LA DECISIONE DELLA CORTE DI STRASBURGO. LA DECADENZA DAI PARENTAL RIGHTS NEL PRIMA DELL'ART. 8 CEDU

anche instaurato un procedimento penale a carico di M.D. e del *partner* X. Il primo grado di giudizio, svoltosi dinanzi alla *Court of Magistrates*, si concludeva per entrambi con una condanna per maltrattamenti¹³, successivamente confermata in appello.

Anche la decisione della *First Hall* era confermata in secondo grado dalla *Constitutional Court* maltese¹⁴. Quest'ultima chiariva, peraltro, che le più gravi limitazioni dei diritti genitoriali subite dalla ricorrente non derivavano tanto dal *care order* – provvedimento operante esclusivamente sul piano dell'affidamento dei minori – quanto dalla condanna penale e dalla conseguente applicazione della pena accessoria della perdita dei *parental rights*.

Secondo la normativa nazionale, infatti, la condanna per il reato di maltrattamenti nei confronti di minori degli anni dodici (art. 247A del codice penale)¹⁵ comporta l'applicazione della misura, automatica e perpetua, prevista dall'art. 197(4) del medesimo codice, nel caso di specie la perdita di «ogni autorità e diritto riconosciuto all'offensore nei confronti della persona [...] del discendente»¹⁶.

Alla Corte di Strasburgo M.D. si è rivolta lamentando esclusivamente carenze garantistiche nel procedimento di impugnazione del *care order*¹⁷, rispetto alle quali la Corte ha effettivamente riscontrato la sussistenza di violazioni di disposizioni convenzionali¹⁸. Nonostante il fondamentale chiarimento concettuale introdotto dalla *Constitutional Court*, sono stati del tutto sottovalutati dalla ricorrente i ben più consistenti effetti sul piano sostanziale della pena interdittiva dei *parental rights*. È invece quest'ultima la questione giuridica di maggiore spessore nel caso, ed è merito della Corte di Strasburgo aver recuperato rispetto ad essa una visuale più nitida e comprensiva, attraverso il richiamo

13. Nell'ambito del giudizio si accertava che i minori, oltre ad aver subito violenze fisiche, versavano in condizioni igieniche di grave trascuratezza. Benché le condotte più gravi fossero ascrivibili al padre X., anche nei confronti della madre era pronunciata una sentenza di condanna: a titolo di responsabilità commissiva, per comportamenti maltrattanti alla stessa attribuiti in via diretta, ed omissiva, per aver assistito alle azioni offensive del *partner* senza impedirle e senza rivolgere richieste di intervento alla pubblica autorità. La *Court of Magistrates* condannava dunque entrambi gli imputati: il padre ad una pena detentiva di due anni, la madre ad una di un anno, con il beneficio della sospensione dell'esecuzione.

14. La *Constitutional Court* maltese ha giurisdizione in materia di controversie inerenti la violazione dei diritti umani, interpretazione della Costituzione, giudizi di legittimità sulle leggi (art. 95 Cost.). È giudice di appello nei confronti delle decisioni emesse in primo grado dalla *First Hall of the Civil Court* in materia di violazione di diritti fondamentali o di diritti riconosciuti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (cfr. art. 46 (4) Cost.), cfr. www.justiceservice.gov.mt e www.judiciarymalta.gov.mt.

15. Il codice penale dello Stato di Malta del 1854, successivamente divenuto oggetto di numerosi interventi di riforma, disciplina all'articolo 247A il reato di *ill-treatment or neglect of child under twelve years*: «(1) Whosoever, having the responsibility of any child under twelve years of age, by means of persistent acts of commission or omission ill-treats the child or causes or allows the ill-treatment by similar means of the child shall, unless the fact constitutes a more serious offence under any other provision of this Code, be liable on conviction to imprisonment for a term not exceeding two years. (2) For the purposes of subarticle (1), ill-treatment includes neglecting the child's need for adequate nutrition, clothing, shelter, and protection from harm, persistently offending the child's dignity and self-esteem in a serious manner and persistently imposing upon the child age-inappropriate tasks or hard physical labour». Il comma 3 del medesimo articolo dispone l'applicazione della pena accessoria della perdita dei *parental rights* in caso di condanna, mediante il rinvio all'art. 197(4) del codice penale: «(3) The provisions of article 197(4) shall also apply in the case of an offence under this article, when the offence is committed by any ascendant or tutor».

16. L'articolo 197(4) del codice penale maltese (*Consequences of conviction*) prevede, nei casi di pronuncia di una sentenza di condanna, l'applicazione di una pena accessoria di ampio contenuto, che include limitazioni di diritti di natura sia patrimoniale che personale, tra i quali rientrano i *parental rights*: «A conviction under this article shall entail the forfeiture of every authority and right granted to the offender over the person or property of the husband or wife or of descendant to whose prejudice the offence shall have been committed, and, in the case of the tutor, his removal from the tutorship and his perpetual disability from holding the office of tutor».

17. Il ricorso presentato da M.D. alla Corte di Strasburgo era fondato sulla violazione dell'art. 6 § 1 CEDU (*Diritto a un equo processo*) e 13 CEDU (*Diritto a un ricorso effettivo*). Oggetto di censura era la disciplina nazionale in materia di *care order*, che non prevede alcuno strumento di impugnazione nei confronti del provvedimento divenuto definitivo, neppure in caso di sopravvenuto mutamento di quelle circostanze di fatto poste a fondamento dell'intervento a tutela del minore.

18. La Corte di Strasburgo ha accolto il ricorso in relazione all'art. 6 § 1 CEDU, osservando che l'adozione in via definitiva di un provvedimento di sottrazione ai genitori della custodia di figli minori secondo le modalità previste dalla legislazione maltese si pone in contrasto con il «*right to a court*». La Corte ha evidenziato che nel novero delle garanzie offerte dalla disposizione convenzionale richiamata rientra anche il diritto ad ottenere il riesame nel merito di un provvedimento da parte di un giudice indipendente ed imparziale, che possa esercitare una supervisione sull'operato della pubblica autorità al fine di tutelare l'individuo e le sue libertà dal rischio di giudizi arbitrari (§ 55). Tale affermazione costituisce un ulteriore contributo interpretativo, di tipo teleologico, rispetto all'ambito applicativo dell'art. 6 CEDU. Per un quadro aggiornato della giurisprudenza della Corte europea sull'art. 6 CEDU cfr. R. CHENAL, F. GAMBINI e A. TAMIETTI, *Art. 6*, in S. BARTOLE-P. DE SENA-V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, p. 172 ss.

all'art. 8 CEDU e ai diritti offesi dalla sanzione penale applicata.

Nella giurisprudenza della Corte EDU con effetti riduttivi dell'ambito penale¹⁹ la categoria delle pene accessorie – ovvero delle misure che, a prescindere dall'uniformità della qualificazione giuridica attribuita all'istituto da ciascuna legislazione nazionale, presentano i tratti distintivi di sanzioni di carattere complementare, dipendenti dalla condanna e di natura penale²⁰ – non è stata affrontata in molte occasioni. Il ritratto di queste sanzioni offerto dalla casistica europea, oltre a non essere completo, non è neppure particolarmente vario²¹. Si segnalano casi di divieti di esercitare una determinata professione, giudicati lesivi del diritto alla libera espressione del pensiero²². Ha ripetutamente impegnato la Corte di Strasburgo, poi, la perdita dei diritti di elettorato attivo e passivo quale conseguenza di una condanna penale. Significativo e ricco di implicazioni, a questo proposito, è il recente approdo nel caso Scoppola c. Italia²³, nel quale la Corte EDU, rinnovando la propria giurisprudenza in materia²⁴, ha chiarito che tale misura è censurabile quando trova applicazione automaticamente, in modo generale ed indiscriminato, senza alcun riguardo per la durata della pena inflitta, per la natura o la gravità del reato e per la situazione personale del condannato²⁵.

Nel panorama europeo si inseriscono anche alcune decisioni, tra le quali quella emessa nel caso *M.D. and Others v. Malta*, relative alle pene accessorie che incidono sull'esercizio della potestà genitoriale, di grande interesse per una riflessione sulle

19. Sul tema dell'incidenza delle norme CEDU e della giurisprudenza europea sul diritto penale italiano, con particolare riferimento agli "effetti riduttivi" del suo ambito applicativo, si veda F. VIGANÒ, *Il diritto penale sostanziale*, in *Europa e giustizia penale*, numero speciale di *Dir. pen. proc.*, 2011, in particolare p. 28 ss. e, del medesimo A., l'ampia disamina svolta in *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1, p. 42 ss. e in *Il diritto penale sostanziale italiano davanti ai giudici della CEDU*, in *Giur. merito*, 2008, 12s, p. 81 ss. Sui rapporti tra giurisprudenza europea e diritto penale, tra i numerosi studi esistenti, si vedano in particolare V. Manes-V. Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011; M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011; A. BERNARDI, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, in G. Grasso-R. Sicurella (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo*, Milano, 2008, p. 381 ss.; Id., *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004; G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, p. 79 ss.; V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006; A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008.

20. Sui criteri distintivi tra pene accessorie ed effetti penali della condanna v., per tutti, T. PADOVANI, *Art. 166*, in M. ROMANO-G. GRASSO-T. PADOVANI, *Commentario sistematico del Codice penale*, III, Milano, 2011, p. 206 s.; G. CERQUETTI, *Pene accessorie* (voce), in *EdD*, XXXII, Milano, 1982, p. 825 ss. Per una recente rivisitazione del tema v. l'approfondita analisi di A. DI MARTINO, *Intersezioni di legalità e «sanzioni» accessorie. Tra giurisprudenza nazionale, diritti umani, sistemi penali stranieri*, in M. Bertolino-G. Forti-L. Eusebi (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, I, Napoli, 2011, p. 193 ss. Sulle pene accessorie v. S. LARIZZA, *Le pene accessorie*, Padova, 1986; P. PISA, *Le pene accessorie: problemi e prospettive*, Milano, 1984.

21. Come evidenziato da E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 152 s.

22. Sull'interdizione dall'esercizio della professione di giornalista a seguito di una condanna penale per diffamazione, divieto che la Corte di Strasburgo ha censurato per violazione della libertà di espressione di cui all'art. 10 CEDU, vedi, tra le altre, Corte EDU, 17 dicembre 2004, *Cumpănă et Mazăre c. Roumanie*, ric. n. 33348/96, in *www.echr.coe.int*. Riferimenti sul tema in E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 152, che rileva un atteggiamento di tendenziale chiusura nella giurisprudenza della Corte EDU rispetto alle prospettate tesi di incompatibilità con gli articoli 3, 6 o 8 CEDU.

23. Corte EDU, GC, 22 maggio 2012, *Scoppola c. Italia* (3), ric. n. 126/05, in *www.echr.coe.int*. Con tale decisione la Grande Camera della Corte di Strasburgo ha disatteso le conclusioni raggiunte in precedenza dalla seconda Sezione della medesima Corte, affermando che le restrizioni imposte ai diritti elettorali dalla legislazione italiana non integrano una violazione dell'art. 3 del Protocollo n. 1 alla CEDU. Nella sentenza Scoppola (3) la Corte europea ha ribadito i principi già enunciati nella sentenza Corte EDU, GC, 6 ottobre 2005, *Hirst v. The United Kingdom* (2), ric. n. 74025/01, per cui la generalità, l'automaticità e l'applicazione indifferenziata della misura interdittiva del diritto di elettorato costituiscono elementi da utilizzare per valutare la proporzionalità della stessa agli scopi di tutela perseguiti, vale a dire il rafforzamento del senso civico e del rispetto dello stato di diritto, nonché il buon funzionamento della democrazia. Esaminando la normativa italiana alla luce di questi criteri la Grande Camera ha concluso che il legislatore si è premurato di modulare l'impiego di tale misura in funzione delle particolarità di ogni caso, tenendo conto del reato commesso e della condotta del condannato, disciplinando la materia entro i confini del proprio margine di apprezzamento. Sull'argomento cfr. A. COLELLA, *La Grande Camera della Corte EDU nel caso Scoppola (n. 3): la disciplina italiana della decadenza dal diritto di voto dei detenuti non contrasta con l'art. 3 Prot. 1*, in *Dir. pen. cont.*, 28 maggio 2012, e, della medesima A., in relazione alla precedente sentenza della seconda Sezione della Corte di Strasburgo, 18 gennaio 2011, *Scoppola c. Italia* (3), cfr. *Terza condanna dell'Italia a Strasburgo in relazione all'affaire Scoppola: la privazione automatica del diritto di voto in caso di condanna a pena detentiva contrasta con l'art. 3 Prot. 1 CEDU*, in *Dir. pen. cont.*, 8 marzo 2011. Sulla sentenza Scoppola c. Italia (3) si vedano anche le considerazioni di J.-P. COSTA, *The Relationship between the European Court of Human Rights and the National Courts*, in [2013], *E.H.R.L.R.*, 3, p. 270 s., che richiama il caso nell'ambito di una più estesa riflessione sui rapporti tra Corte di Strasburgo e Corti nazionali con particolare riferimento alle ipotesi di interpretazioni divergenti della normativa interna.

24. Si vedano i casi Corte EDU, GC, 6 ottobre 2005, *Hirst v. The United Kingdom* (no. 2), cit.; Corte EDU, 23 novembre 2010, *Greens and M.T. v. The United Kingdom*, ric. n. 60041/08 e n. 60054/08; Corte EDU, 8 aprile 2010, *Frodl v. Austria*, ric. n. 20201/04, in *www.echr.coe.int*.

25. I principi enunciati dalla sentenza Scoppola c. Italia (3) sono stati di recente ribaditi nelle sentenze Corte EDU, 17 settembre 2013, *Söyler v. Turkey*, ric. n. 29411/07 e Corte EDU, 4 luglio 2013, *Anchugov and Gladkov v. Russia*, ric. n. 11157/04 e n. 15162/05, in *www.echr.coe.int*. Per un commento a quest'ultima decisione v. S. ZIRULIA, *La privazione del diritto di elettorato attivo a seguito di condanna penale, sullo sfondo dei rapporti tra Convenzione edu e Costituzione degli Stati contraenti: crisi del modello della "norma interposta"?*, in *Dir. pen. cont.*, 15 settembre 2013.

intersezioni tra scelte di politica criminale e diritti fondamentali della persona nella sfera familiare.

La sanzione penale interdittiva dei *parental rights* tocca una relazione familiare, un delicato intreccio di rapporti interpersonali. Spetta al legislatore ogni valutazione circa l'opportunità di interferire con questa relazione e di stigmatizzare ulteriormente, con la privazione della potestà genitoriale, un soggetto condannato per fatti di rilevanza penale. Tale opzione, che risente necessariamente delle peculiarità socio-culturali e della visione etica che l'ordinamento fa propria, è giustificabile – sebbene non irrinunciabile²⁶ – nei casi in cui il reato sia commesso mediante abuso da parte dell'agente delle prerogative connesse alla propria qualità di genitore; è più discutibile, se derivante da un pregiudizio generalizzato di indegnità nei confronti del condannato per qualsiasi reato a ricoprire il ruolo educativo genitoriale.

In considerazione dei diritti sostanziali coinvolti la disposizione convenzionale di riferimento è l'art. 8 CEDU, che sancisce il diritto di ogni persona al rispetto della propria vita privata e familiare, e contempla una serie di limitazioni finalizzate a contemperare l'esercizio di tale diritto con altri interessi, di natura privatistica o pubblicistica. Si tratta di una previsione normativa densa di contenuti, che non traspaiono dal dettato letterale – in questo, come in altri casi, formulato in termini intenzionalmente generici – e che sono stati rivelati, quando non rielaborati con contributi decisamente innovativi²⁷, dalla continua attività interpretativa svolta dalla Corte EDU. Il *case law* relativo all'art. 8 CEDU²⁸ riflette le peculiarità di ogni singolo ordinamento nazionale ed i profondi mutamenti sociali e culturali, oltre che giuridici, che hanno caratterizzato gli ultimi decenni, lasciando emergere alcune direttrici evolutive ed una nuova concezione della famiglia: come entità in senso sostanziale, fondata più sulla concretezza dei legami affettivi e di convivenza che sulla formalizzazione delle relazioni di coppia e dello *status* di filiazione; come nucleo sociale la cui unità deve essere salvaguardata rispetto ad interferenze esterne, anche se legittime e poste in atto da autorità pubbliche; come comunità di persone, nella quale meritano speciale riguardo le esigenze dei soggetti più vulnerabili, in primo luogo i minori.

Proprio nell'alveo dell'articolo 8 CEDU, attraverso una fertile attività interpretativa in continua evoluzione, la Corte EDU ha enucleato a partire dal *leading case Johansen v. Norway* del 1996²⁹ il principio del *best interest of the child*, che nel medesimo periodo riceveva anche autorevole riconoscimento in fonti internazionali quali la Convenzione sui diritti del fanciullo di New York e la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo³⁰. Tale principio prevede – com'è noto – che nei casi di conflitto tra più interessi meritevoli di tutela debba essere attribuita prevalente considerazione all'interesse del minore, intendendo quest'ultimo secondo quei parametri di concretezza e di effettività delineati nelle fonti internazionali³¹: il destinatario della valutazione giudiziale non è una figura idealtipica ed astratta di

26. Si rinvia, sul punto, alle riflessioni contenute nel paragrafo conclusivo di questo scritto, *postea*.

27. Osserva che la Corte di Strasburgo ha elaborato un'interpretazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare ai sensi dell'art. 8 CEDU «spesso molto avanzata rispetto a tradizioni giuridiche consolidate» nell'ambito degli Stati parte, D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano, 2012, p. 7.

28. Per un quadro aggiornato della giurisprudenza della Corte di Strasburgo sull'art. 8 CEDU cfr. C. PITEA e L. TOMASI, *Art. 8*, in S. BARTOLE-P. DE SENA-V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve*, cit., p. 297 ss.

29. Corte EDU, 27 giugno 1996, *Johansen v. Norway*, ric. n. 17383/90 in *www.echr.coe.int*. Nel caso in questione la Corte è stata chiamata a pronunciarsi circa la compatibilità con l'articolo 8 CEDU di provvedimenti di privazione dei *parental rights* emessi nei confronti della madre di tre minori affetta da gravi problemi di salute mentale. La pronuncia assume speciale rilevanza, oltre che per l'accurato sviluppo motivazionale, perché contiene la prima esplicita enunciazione del principio del *best interest of the child*. Sul punto v. E. LAMARQUE, *I diritti dei figli*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, p. 290 ss., alla quale si rinvia anche per ulteriori riferimenti giurisprudenziali. Sul progressivo sviluppo del principio del *best interest of the child* nell'ambito della giurisprudenza della Corte EDU vedi M. WOOLF, *Coming of Age? – The Principle of "The Best Interests of the Child"*, in [2003] *E.H.R.L.R.*, 2, p. 205 ss.

30. Evidenzia la concomitante affermazione del principio del *best interest of the child* nella Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli di Strasburgo del 1996 e nella giurisprudenza della Corte EDU nel caso *Johansen v. Norway*, E. LAMARQUE, *I diritti dei figli*, cit., p. 290.

31. Sulla «rinnovata identità del minore» delineata dalle fonti internazionali e sulla necessità di tutelare la sua individualità, la sua unicità, non come valore

minore, ma la “persona” minore di età coinvolta nel caso oggetto di giudizio, portatrice di esigenze specifiche che l’interprete è chiamato a riconoscere e a tutelare.

Di questi principi relativi alla famiglia e ai minori la Corte europea ha fatto applicazione in numerose vicende di affidamento e di adozione, in cui è stata posta in discussione la legittimità di provvedimenti di privazione o di limitazione dei *parental rights* dei genitori naturali. Tali decisioni hanno progressivamente tratteggiato un percorso piuttosto definito che, mentre rende percepibili le difficoltà di individuare e di attuare il migliore interesse del minore nell’ambito di situazioni di conflittualità familiare, indica nel provvedimento ablativo della potestà genitoriale l’*extrema ratio* rispetto alle varie opzioni di tutela disponibili, e identifica nel ricongiungimento del nucleo familiare d’origine l’obiettivo ultimo di ogni intervento della pubblica autorità³².

In questo complesso contesto normativo ed interpretativo è confluita, in tempi più recenti, la (ancor più) articolata questione della privazione dei *parental rights* quale conseguenza dell’applicazione al genitore di una condanna penale, che unisce alle istanze di tutela già sperimentate dalla Corte di Strasburgo in ambito civile il carico di problematiche, di aspettative e di pregiudiziali ideologiche che si addensano attorno a questa sanzione penale.

3.1

I PRECEDENTI: LE PRONUNCE DELLA CORTE EDU CONTRO LA ROMANIA

Le prime decisioni della Corte EDU sulle pene accessorie interdittive della potestà genitoriale sono state emesse – a quanto consta – contro la Romania, a partire dal caso *Sabou et Pircalab*³³ del 2004. In queste pronunce sono identificabili alcuni snodi argomentativi che, pur resistendo alla suggestione di una lettura in chiave di “romanzo a puntate”³⁴, sembrano nondimeno tracciare una linea evolutiva che giunge fino alla più recente sentenza nel caso *M.D. and Others v. Malta* del 2012, dalla quale hanno preso avvio queste riflessioni.

Alla base della vicenda *Sabou et Pircalab* era la condanna di due giornalisti per diffamazione con il mezzo della stampa, che aveva condotto all’applicazione di una pena detentiva. Ad uno dei condannati, in quanto padre di tre figli minori, era stata inflitta anche la pena accessoria dell’interdizione dall’esercizio della potestà genitoriale per tutta la durata della detenzione in carcere, ai sensi del combinato disposto degli articoli 64 e 71 del codice penale romeno³⁵, che all’epoca della presentazione del ricorso (nel 1999) comminava tale sanzione per il solo fatto di una sentenza definitiva di condanna ad una pena privativa della libertà personale, a prescindere dal tipo di reato commesso. La suddetta normativa era oltretutto sopravvissuta ad un giudizio di legittimità costituzionale instaurato *medio tempore* davanti alla Corte costituzionale nazionale, che aveva respinto la questione appellandosi al principio di riserva di legge in materia penale e alla discrezionalità del legislatore nella scelta delle sanzioni³⁶.

astratto ma «in una dimensione che si cala nella concreta situazione del caso», cfr. M. BERTOLINO, *Il minore vittima di reato*, Torino, 2010, III ed., p. 10 s.

32. In questi termini, tra le altre, Corte EDU, 26 febbraio 2002, *Kutzner v. Germany*, ric. n. 46544/99, in www.echr.coe.int.

33. Corte EDU, 28 settembre 2004, *Sabou et Pircalab c. Roumanie*, ric. n. 46572/99, in www.echr.coe.int e in [2005] E.H.R.L.R., I, p. 105 ss.

34. Il *chain novel* indicato da R. Dworkin: una metafora che allude ad una sorta di genere letterario in cui «a group of novelists writes a novel *seriatim*; each novelist in the chain interprets the chapters he has been given in order to write a new chapter, which is then added to what the next novelist receives, and so on. Each has the job of writing his chapter so as to make the novel being constructed the best it can be, and the complexity of this task models the complexity of deciding a hard case under law as integrity», cfr. R. DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge, 1986, p. 229. Di recente, sui rischi di una lettura delle decisioni giudiziarie come fossero puntate diverse di un medesimo racconto v. R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine una prospettiva “quantistica”*, Milano, 2013, p. 81 ss.

35. Al momento della presentazione del ricorso davanti alla Corte di Strasburgo, nel 1999, il combinato disposto degli articoli 64 e 71 del codice penale romeno prevedeva l’interdizione dall’esercizio della potestà genitoriale tra le pene accessorie da applicare in caso di condanna ad una pena detentiva perpetua oppure ad ogni altra pena privativa della libertà personale. L’interdizione era determinata in misura pari alla durata della condanna inflitta, salvo il caso di eventuale pronuncia di un provvedimento di concessione della grazia. La normativa in questione è stata successivamente riformata nel 2006, v. più diffusamente *infra*, nota 40.

36. Con la sentenza n. 184 del 14 giugno 2001 la *Curtea Constituțională a României* ha respinto la questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione agli articoli 64 e 71 del codice penale, affermando che la previsione di pene principali ed accessorie costituisce materia riservata alla competenza del legislatore, rappresentando una «scelta di politica penale» di quest’ultimo, che attraverso le norme indicate ha espresso una valutazione di indegnità

Le ragioni del genitore condannato, ignorate in ambito nazionale sia dai giudici di merito che dal Giudice delle leggi, hanno invece trovato ascolto presso la Corte di Strasburgo, che ha ravvisato nel caso di specie una violazione dell'art. 8 CEDU. Le limitazioni subite dal ricorrente nel suo diritto al rispetto della vita familiare non hanno superato positivamente il triplice livello di verifica richiesto dalla norma convenzionale richiamata: poiché non vi è dubbio che l'interdizione dall'esercizio della potestà genitoriale costituisca una «ingerenza di una autorità pubblica» nella libera esplicazione dei diritti della persona nella sfera familiare, idonea in quanto tale a porsi in tensione con la tutela garantita dall'art. 8 CEDU, occorre verificare se tale interferenza sia «prevista dalla legge», se persegua uno degli scopi legittimi indicati (art. 8 § 2 CEDU), e se costituisca una misura che, «in una società democratica», è «necessaria» alla protezione di determinati interessi, tra i quali i diritti e le libertà altrui: nel caso di specie dei figli minori.

Pur riconoscendo che l'ingerenza subita dal ricorrente trovava fondamento nel diritto nazionale, nel caso *Sabou et Pircalab* la Corte EDU ha però escluso la sussistenza di uno «scopo legittimo» ai sensi dell'art. 8 § 2 CEDU, censurando la mancanza di qualsiasi collegamento funzionale tra la pena accessoria inflitta, che si inserisce in modo invasivo nella relazione genitore-figlio, ed il reato commesso, del tutto estraneo alla sfera degli interessi familiari. Quale canone ermeneutico ai fini della decisione è stato adottato l'interesse preminente del minore, sotteso all'istituto della potestà genitoriale, ed è stato ribadito il principio già affermato in ambito civile per cui «seul un comportement particulièrement indigne peut autoriser qu'une personne soit privé de ses droits parentaux dans l'intérêt supérieur de l'enfant»³⁷. La Corte EDU ha censurato anche l'automatismo della risposta punitiva, sottratta a qualsiasi valutazione di opportunità da parte del giudice, riferita al caso concreto e condotta avendo riguardo all'interesse del minore. Secondo la Corte, la regolamentazione presente nel codice penale romeno è espressione di una concezione della pena accessoria di cui si discute come «blâme moral ayant comme finalité la punition du condamné et non pas une mesure de protection de l'enfant»³⁸.

Il caso *Sabou et Pircalab* ha aperto la via – com'era prevedibile, essendo coinvolta una pena accessoria suscettibile di applicazione generalizzata – ad altri ricorsi innanzi alla Corte EDU fondati sulla violazione dell'art. 8 CEDU, il cui esito è stato di ulteriori, analoghe condanne dello Stato resistente³⁹. Il quadro normativo nazionale di riferimento si è però animato nel frattempo: con la legge 4 luglio 2006, n. 278 è stato modificato il contenuto dell'art. 71 del codice penale romeno⁴⁰, nel senso dell'applicazione della pena accessoria dell'interdizione dall'esercizio della potestà genitoriale in via facoltativa, subordinata ad una valutazione discrezionale del giudice di merito. Il legislatore ha introdotto anche un'indicazione espressa dei parametri da utilizzare ai fini della decisione: la natura e la gravità del reato, le circostanze del caso, la personalità del colpevole e – soprattutto – l'interesse del minore. La considerazione della persona in funzione della quale la pena accessoria dovrebbe essere comminata è divenuta quindi condizione espressa di applicabilità della misura, secondo le coordinate tracciate dal giudice europeo⁴¹. Tale iniziativa è stata giudicata con favore dalla Corte EDU che, nel più recente

all'esercizio dei diritti genitoriali, cfr. *www.ccr.ro* e *Monitorul Oficial* n. 509 del 28 agosto 2001.

37. Corte EDU, *Sabou et Pircalab c. Roumanie*, cit., § 47. Il principio era già stato enunciato nella sentenza Corte EDU, 19 settembre 2000, *Gnahoré c. France*, ric. n. 40031/98, § 59, in *www.echr.coe.int*.

38. Corte EDU, *Sabou et Pircalab c. Roumanie*, cit., § 48.

39. Si vedano le pronunce Corte EDU, 1° luglio 2008, *Calmanovici c. Roumanie*, ric. n. 42250/02; Corte EDU, 14 ottobre 2008, *Iordache c. Roumanie*, ric. n. 6817/02; Corte EDU, 30 giugno 2009, *Viorel Burzo c. Roumanie*, ric. n. 75109/01 e n. 12639/02, in *www.echr.coe.int*. In ognuno di questi casi la Corte ha condannato lo Stato resistente riscontrando nella normativa nazionale che disciplina la pena accessoria della sospensione della potestà genitoriale l'assenza di uno scopo legittimo ai sensi dell'art. 8 § 2 CEDU.

40. L'art. 71 del codice penale romeno, che disciplina il contenuto e le modalità di esecuzione delle pene accessorie, è stato modificato dalla legge 4 luglio 2006, n. 278. Secondo l'attuale formulazione della norma, la pena accessoria della perdita dell'esercizio dei diritti genitoriali ha perso ogni carattere di automatismo, essendo rimessa alla discrezionalità del giudice, che dovrà pronunciarsi valutando parametri quali la natura e la gravità dei reati, le circostanze del caso, la personalità dell'accusato e l'interesse del minore.

41. Si veda, però, il testo del nuovo codice penale romeno, approvato con legge 17 luglio 2009, n. 286 e pubblicato nel *Monitorul Oficial* n. 510 del 24 luglio

3.2

L'INTERESSE DEL MINORE TRA
MARGINE DI APPREZZAMENTO E
FAIR BALANCE

caso *Ciupercescu c. Roumanie* del 2010, ha evidenziato che le suddette modifiche normative «visaient à rendre effectif au niveau interne l'application des critères consacrés par la jurisprudence de la Cour»⁴². L'intervento del legislatore romeno ha raggiunto dunque gli esiti auspicati dalla Corte di Strasburgo, ossia indirizzare le richieste individuali di tutela verso gli organi giudiziari interni – ritenuti tradizionalmente nella posizione migliore per apprezzare le specificità di ciascun caso – e, nel contempo, consentire allo Stato condannato di porre rimedio alle carenze riscontrate, adempiendo agli obblighi di tutela assunti come Stato parte della CEDU⁴³.

Il ricorso di *Sabou e Pircalab* ha avuto dunque risvolti ben più ampi e consistenti di una richiesta di tutela circoscritta ad una singola vicenda: ha condotto la Corte di Strasburgo ad affermare principi innovativi rispetto a quelli condivisi nell'ordinamento giuridico nazionale, con una corrispondente riduzione dell'ambito di operatività della sanzione penale, imprimendo nel contempo uno slancio dinamico alla riflessione sulla compatibilità della pena accessoria privativa dei *parental rights* con la tutela riconosciuta in ambito convenzionale alla famiglia e ai minori.

Se è vero che la CEDU “vive” nell'attività interpretativa-applicativa⁴⁴ della Corte di Strasburgo, i principi enunciati nei confronti della Romania costituiscono acquisizioni preziose, non disgiunte dalla consapevolezza della natura *in fieri* di qualsiasi attività interpretativa e dell'approccio casistico tipico della Corte. L'occasione per vagliare la stabilità degli esiti raggiunti rispetto alla pena accessoria della decadenza dai *parental rights* è offerta, appunto, dal caso *M.D. and Others v. Malta*.

È degno di nota, innanzitutto, che la questione della violazione dell'art. 8 CEDU in questo più recente caso sia stata sollevata “*ex officio*”: è stata la stessa Corte EDU – come si anticipava⁴⁵ – a riconoscere la causa delle limitazioni subite dalla ricorrente nella condanna per maltrattamenti dei figli minori, invece che nelle carenze garantistiche del procedimento di impugnazione del *care order*, e ad indirizzare la propria indagine verso il problema della compatibilità della disciplina (penale) nazionale con la tutela dei diritti sostanziali coinvolti.

Ridefiniti i termini della questione controversa ed indicato il substrato normativo convenzionale di riferimento, secondo l'abituale metodo decisorio⁴⁶ la Corte ha ripercorso in prima battuta il proprio *case law* alla ricerca di un precedente applicabile⁴⁷, individuato nella decisione *Sabou et Pircalab*. Ma appare evidente che le due vicende non sono esattamente sovrapponibili: mentre il caso romeno presenta una macroscopica, irragionevole dissociazione tra reato commesso e pena accessoria inflitta, il caso di M.D.

2009, che è entrato in vigore il 1° febbraio 2014. Anche nella più recente codificazione la pena accessoria interdittiva dei «diritti esercitabili dai genitori» è facoltativa: ai sensi del nuovo art. 67 (1) c.p., che disciplina l'applicazione della «pena complementare» dell'interdizione dall'esercizio di alcuni diritti, la suddetta sanzione può essere applicata «se la pena principale stabilita è la reclusione o l'ammenda e il giudice accerta che questa pena è necessaria in relazione alla natura ed alla gravità del reato, alle circostanze del caso ed alla persona dell'autore». Il legislatore della riforma non ha riproposto, dunque, nel nuovo testo normativo il precedente riferimento all'interesse del minore quale parametro espresso di valutazione per il giudice. Per un'ampia disamina dei contenuti del nuovo codice penale romeno cfr. A. NISCO-J. RINCEANU, *Il nuovo codice penale romeno. Un'introduzione*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2012, 2, p. 283 ss. e spec. p. 294 ss. per l'analisi delle significative modifiche del sistema sanzionatorio.

42. Corte EDU, 15 giugno 2010, *Ciupercescu c. Roumanie*, ric. n. 35555/03, § 173, in *www.echr.coe.int*. Sulla scorta di tali argomentazioni la Corte di Strasburgo ha respinto il ricorso, evidenziando che l'istante non si era avvalso degli strumenti di tutela introdotti nel frattempo dalla legislazione nazionale.

43. Corte EDU, *Ciupercescu c. Roumanie*, cit., § 174.

44. Come osserva V. Zagrebelsky: «Ciò che emerge dalla Convenzione “come interpretata dalla Corte europea” è prima di tutto il metodo, che non separa la interpretazione dalla applicazione e degli enunciati generali considera l'effetto concreto sulla specifica vicenda umana», v. V. ZAGREBELSKY, *La giurisprudenza casistica della Corte europea dei diritti dell'uomo; fatto e diritto alla luce dei precedenti*, in B. BISCOTTI-P. BORSELLINO-V. POCAR-D. PULITANO, *La fabbrica delle interpretazioni*. Atti del VII Convegno della Facoltà di Giurisprudenza. Università degli Studi di Milano-Bicocca 19-20 novembre 2009, Milano, 2012, p. 71.

45. Vedi *supra*, § 3.

46. Cfr. V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in V. Manes-V. Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., p. 71.

47. Per una riflessione critica sulla effettiva stabilità della “giurisprudenza” e dei “precedenti” della Corte di Strasburgo v. O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *questa Rivista*, 2013, 1, spec. p. 175 ss.

riguarda genitori responsabili di gravi inottemperanze ai propri doveri nei confronti dei figli, che esprimono disprezzo per il benessere psico-fisico e per i diritti di questi ultimi, integrando perfettamente la *ratio* della previsione della pena accessoria interdittiva dei *parental rights*. L'«ingerenza» della pubblica autorità nella vita familiare di M.D. risulta dunque non soltanto «legittima» ai sensi dell'art. 8 CEDU, perché conforme ad una previsione specifica della legislazione maltese, ma anche finalizzata ad uno degli scopi contemplati dalla medesima norma, ossia la «protezione dei diritti e delle libertà altrui».

Nella vicenda più recente contro Malta la Corte è stata dunque chiamata ad una più penetrante verifica dei presupposti dell'art. 8 CEDU, in particolare circa la «necessità» dell'ingerenza «in una società democratica», profilo che, anche in questo caso, costituisce il vero e proprio «cuore» della motivazione della Corte di Strasburgo⁴⁸. A questo più profondo livello di analisi l'assetto della disciplina tracciato dal legislatore nazionale si è rivelato soccombente, infrangendosi contro il parametro (esigente) di valutazione che la Corte ha messo in campo: il criterio di proporzione. A tale criterio la Corte di Strasburgo ricorre costantemente proprio applicando disposizioni come l'art. 8 CEDU, che contemplano specifiche «clausole di interferenza», il cui effetto è «chiarire che taluni diritti non sono garantiti in maniera incondizionata»⁴⁹. La «misura della garanzia convenzionale» costituisce in questi casi il prodotto di «un'attività di bilanciamento fra esigenze individuali ed esigenze collettive»⁵⁰, che può consentire compressioni dell'esercizio del diritto riconosciuto⁵¹.

La valutazione della decadenza dai *parental rights* nella prospettiva della sua proporzionalità agli scopi di tutela ha condotto la Corte EDU a considerare il complesso di interessi giuridici ad essa sottesi: l'interesse del minore, in primo luogo, rispetto al quale la Corte ha manifestato – come si è detto⁵² – particolare sensibilità, ma anche l'interesse del genitore condannato e l'interesse della società nel suo complesso. Da quest'ultimo punto di vista la Corte ha osservato che la previsione della misura è espressione di una precisa scelta di politica criminale riservata al legislatore di ogni Stato parte, che attraverso la stessa persegue anche il pubblico interesse: nel quadro delle istanze meritevoli di considerazione deve essere inserito, dunque, anche lo spazio di discrezionalità da riconoscere a ciascuno Stato in materia penale. A questo proposito la Corte, pur ammettendo un ampio margine di apprezzamento⁵³ statale rispetto alla scelta delle misure più opportune quando è in gioco la salvaguardia degli interessi dei minori, ha riservato comunque a sé stessa uno scrutinio più attento nel caso di limitazioni o di restrizioni particolarmente severe del diritto al rispetto della vita familiare, vigilando nel senso che quest'ultima non risulti irrimediabilmente compromessa per effetto di provvedimenti della pubblica autorità. Esaminata sotto questo profilo, la misura interdittiva dei *parental rights* è di ostacolo all'obiettivo della ricomposizione dei legami familiari, lacerati prima dai comportamenti offensivi e, successivamente, dall'intervento degli strumenti della giustizia punitiva. Univoche, in questo senso, le parole della Corte: di questa misura particolarmente «far-reaching» si dovrebbe fare un uso molto prudente, limitato

48. Cfr. sul punto B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2012, p. 99.

49. Sull'applicazione del criterio di proporzione nell'ambito delle clausole di interferenza previste dalla CEDU, cfr. E. CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, 2000, spec. p. 53 ss. e p. 59 ss. in riferimento alle clausole di interferenza previste dall'art. 8 § 2 CEDU. Sul punto v. anche J.-P. COSTA, *Il ragionamento giuridico della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. intern. dir. uomo*, 2000, 2, p. 439.

50. E. CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, cit., p. 54.

51. Osserva che proprio da questo giudizio di bilanciamento viene in evidenza la piena valorizzazione da parte della Corte di Strasburgo delle specificità di ogni caso, G. DE VERO, *La giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in G. De Vero-G. Panebianco (a cura di), *Delitti e pene nella giurisprudenza delle corti europee*, Torino, 2007, p. 35.

52. Vedi *supra*, § 3.

53. Sul dibattito circa la natura di «dottrina» del margine di apprezzamento si vedano, per tutti, gli studi di A. LEGG, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law*, Oxford, 2012; S. GREER, *The margin of appreciation: Interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights*, in *Human rights files*, n. 17, Council of Europe Publishing, 2000, in www.echr.coe.int; R. SAPIENZA, *Sul margine di apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 1991, p. 571 ss. Sul tema v. anche F. DONATI-P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in P. Falzea-A. Spadaro-L. Ventura (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003, p. 65 ss.; P. TANZARELLA, *Il margine di apprezzamento*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione*, cit., p. 145 ss.

ad «exceptional circumstances» e soltanto in presenza di un «overriding requirement» nell'interesse del minore (§ 76).

Non si può affermare, peraltro, che il legislatore maltese abbia abusato di tale pena accessoria. A differenza della già censurata «blanket provision» (§ 77) del codice penale romeno, nel quale la perdita della potestà genitoriale incombeva (anteriormente alla riforma legislativa⁵⁴) indiscriminatamente su qualsiasi condannato ad una pena detentiva, la previsione nel codice penale dello Stato di Malta è *ragionevole*, poiché limitata ad esigue, specifiche figure di reato (la corruzione di minore⁵⁵, l'induzione alla prostituzione di minore⁵⁶, la pedopornografia⁵⁷ e, appunto, i maltrattamenti di minori degli anni dodici); nel contempo la stessa è anche *necessaria*, in quanto applicata sul presupposto che il colpevole abbia agito approfittando della propria autorità o dei diritti allo stesso riconosciuti dalla legge nei confronti della persona offesa. In considerazione dell'accurata selezione delle condizioni applicative, la Corte di Strasburgo ha riconosciuto che lo Stato resistente ha operato correttamente entro i confini del proprio margine di apprezzamento.

Il vero punto di attrito, insanabile, tra la disciplina nazionale e la tutela accordata dall'art. 8 CEDU emerge, per la Corte, alla luce del criterio di proporzione, nell'aver attribuito a tale pena accessoria un regime applicativo rigido, in quanto automatico e perpetuo.

La normativa interna prevede, infatti, che la decadenza dai *parental rights* consegua ad una sentenza definitiva di condanna per uno dei reati previsti dalla legge, in assenza di una previa valutazione di opportunità da parte del giudice di merito. La Corte ha censurato apertamente il fatto che la misura letteralmente «sfugge» (*escapes*) ad un attento scrutinio del giudice, condotto avendo riguardo al migliore interesse del minore nel singolo caso. L'automatismo sanzionatorio si rivela irragionevole anche considerando l'intervallo temporale che separa, generalmente, il momento della commissione del reato dalla condanna definitiva, poiché non consente di esprimere una valutazione aggiornata circa la meritevolezza di pena (accessoria) da parte del genitore e l'opportunità della stessa nell'interesse del minore. È degno di nota, a questo proposito, che tali argomentazioni siano state spese dalla Corte EDU nonostante il procedimento penale nei confronti di M.D. si fosse svolto in tempi brevi (§ 77): pur nella consapevolezza del proprio ruolo di giudice (europeo) del caso concreto, la Corte EDU non ha mancato l'occasione di segnalare la problematicità di una regolamentazione normativa che rischia, tra l'altro, di far ricadere sul minore e sul suo diritto al rispetto della vita familiare anche le conseguenze della endemica lentezza dei processi penali.

All'automatismo sanzionatorio si affianca l'ulteriore elemento problematico del carattere perpetuo della misura, destinata a produrre i suoi effetti fino al raggiungimento della maggiore età da parte del figlio. In assenza di un rimedio giudiziario idoneo a contrastare la definitività di tale regime anche in caso di sopravvenuto mutamento delle circostanze di fatto, finiscono irragionevolmente per essere ignorate le esigenze del minore all'integrità dei propri legami familiari nei casi in cui dagli stessi non derivi, in concreto, alcun pregiudizio.

Tanto l'automatica applicazione quanto il carattere definitivo della pena accessoria non consentono un corretto bilanciamento (*fair balance*) tra tutti gli interessi meritevoli di protezione, in primo luogo l'interesse del minore. È sul piano della proporzione rispetto agli scopi di tutela che la misura interdittiva dei *parental rights*, in linea teorica ragionevole, si rivela un'ingerenza nel diritto al rispetto della vita familiare *non necessaria* in una società democratica.

54. Vedi *supra*, § 3.1. e nota 40.

55. Cfr. art. 203 c.p. (*Defilement of minors*).

56. Cfr. art. 204 c.p. (*Inducing, etc., persons under age to prostitution*).

57. Cfr. art. 208 A c.p. (*Indecent photographs, films, etc. of persons under age*).

In linea con l'orientamento già espresso nelle precedenti sentenze emesse contro la Romania, anche nel caso *M.D. and Others v. Malta* la Corte di Strasburgo è pervenuta, dunque, ad una pronuncia di condanna nei confronti dello Stato resistente per violazione del diritto al rispetto della vita familiare di cui all'art. 8 CEDU. L'esito omogeneo delle decisioni non può offuscare, tuttavia, il fatto che nella sentenza più recente la Corte si è spinta nella direzione di un'ingerenza più profonda nelle scelte di tutela adottate dal legislatore nazionale. L'atteggiamento di *self-restraint* della Corte di Strasburgo rispetto alle strategie sanzionatorie dei singoli Stati parte ha ceduto il passo, in prima battuta, all'indagine circa la sussistenza di un collegamento logico-funzionale tra la pena accessoria inflitta ed il reato presupposto e, in seguito, anche all'apprezzamento nel merito della composizione degli interessi rilevanti tracciata dal legislatore nazionale. Quest'ultimo, a ben guardare, attraverso l'automatismo sanzionatorio ed il carattere definitivo della misura aveva espresso un'opzione di tutela "forte" in caso di maltrattamenti nei confronti di minori commessi dai genitori, manifestando in questo senso una precisa scelta di valore e di politica criminale. La Corte di Strasburgo non soltanto ha posto in discussione tale scelta ma ne ha anche denunciato l'irragionevolezza, additando un controinteresse fondamentale, quello del minore, che le distorsioni di una regolamentazione normativa orientata in senso uni-direzionale verso la punizione del genitore-colpevole finivano per travolgere.

3.3

LE INDICAZIONI DELLA CORTE EDU ALLO STATO DI MALTA

Affermando ancora una volta l'autorevolezza del proprio ruolo ed il carattere vincolante delle proprie decisioni⁵⁸, nel caso *M.D. and Others v. Malta* la Corte di Strasburgo non si è limitata ad assegnare un risarcimento a favore delle parti lese ma, ai sensi dell'art. 46 CEDU, ha anche ingiunto allo Stato soccombente l'adozione di misure volte a riparare le conseguenze derivanti dall'applicazione della normativa nazionale risultata lesiva dei diritti dei ricorrenti. Il contenuto di tali indicazioni merita di essere richiamato, anche perché consente di apprezzare una sensibile differenza di approccio nei confronti delle violazioni, rispettivamente, dell'art. 6 § 1 e dell'art. 8 CEDU.

In relazione alla prima delle violazioni riscontrate, la Corte ha intimato allo Stato di Malta l'adozione di misure di carattere generale necessarie ad assicurare ai destinatari di un *care order* l'effettiva possibilità di ottenere una rivalutazione del caso da parte di un tribunale indipendente ed imparziale (§ 90).

Più articolate – e più significative nella prospettiva di indagine che in questa sede si è adottata – le indicazioni relative alla violazione dell'art. 8 CEDU.

La Corte ha ritenuto necessario che lo Stato condannato predisponga, in primo luogo, misure di carattere individuale, idonee a dare esecuzione effettiva alla decisione emessa nei confronti di M.D. e dei suoi figli, attraverso il ricorso ad un tribunale indipendente ed imparziale, incaricato di valutare se la perdita dei *parental rights* sia effettivamente «giustificata» (§ 89)⁵⁹. Le indicazioni di carattere individuale, peraltro, dovranno essere intese «without prejudice to any general measures required to prevent other similar violations in the future» (§ 88). Un richiamo breve, ma efficace: senza dismettere i propri panni di giudice (sovrana nazionale) del caso concreto, la Corte sembra additare una carenza sistemica nella normativa maltese, potenzialmente idonea a dare luogo a violazioni seriali dei diritti garantiti dall'art. 8 CEDU e, conseguentemente, a provocare la proposizione di nuovi ricorsi di analogo contenuto alla Corte EDU⁶⁰. È del

58. Sul tema, nell'ambito di una riflessione più ampia sui rapporti tra Corte EDU e Corti nazionali, v. J.-P. COSTA, *The Relationship between the European Court of Human Rights and the National Courts*, cit., p. 273.

59. La Corte ha evitato accuratamente di fornire indicazioni nel merito di questa ulteriore valutazione: nessun elemento emerso nell'ambito del giudizio potrà essere interpretato dalle autorità competenti come espressione dell'adesione della Corte EDU ad una o ad altra valutazione di meritevolezza della misura interdittiva da parte della ricorrente (§ 89).

60. Si vedano, a questo proposito, le osservazioni di F. VIGANÒ, *Fonti europee e ordinamento italiano*, in *Europa e giustizia penale*, cit., p. 6, che sottolinea come a partire dal caso *Broniowski v. Poland* del 2004 la Corte EDU abbia manifestato la tendenza ad ingiungere allo Stato soccombente l'adozione di

resto da indicazioni di tale tipologia che parte della dottrina desume il carattere “ibrido” del giudizio della Corte EDU: non strettamente ancorato al singolo caso ma orientato ad esprimere una valutazione di “compatibilità costituzionale”, a livello sovranazionale, di un determinato assetto normativo.

3.4

LA CONCURRING OPINION DEL GIUDICE SCICLUNA

Per quanto condivisa nell'esito, la decisione nel caso *M.D. and Others v. Malta* non è tuttavia sorretta lungo tutto il suo percorso motivazionale dal consenso unanime dei componenti della Corte. Uno di essi, il giudice *ad hoc* Scicluna, ha presentato una *concurring opinion*, nella quale è stata offerta una puntualizzazione concettuale relativa ad aspetti che risultano accorpati indistintamente nella motivazione della sentenza.

Il giudice Scicluna ha precisato che soltanto l'automatismo della pena accessoria integra una violazione dell'art. 8 CEDU, mentre ad analoghe conclusioni non si dovrebbe pervenire, attraverso un rapporto di implicazione necessaria, in relazione al distinto profilo della durata (perpetua) della misura. Tale posizione trova sostegno nel dato per cui, nonostante il carattere definitivo del provvedimento emesso nei confronti della condannata, alla stessa è stata di fatto riconosciuta la possibilità di mantenere contatti personali con i figli, risultando sostanzialmente garantito il suo diritto al rispetto della vita familiare. Secondo tale linea interpretativa l'applicazione discrezionale della pena accessoria, fondata su un apprezzamento caso per caso dell'interesse del minore, risolverebbe *ab origine* eventuali dispute circa il suo carattere perpetuo, rendendo superflue future richieste di revisione del giudizio.

La *concurring opinion* è pregevole nel momento in cui segnala il rischio di sovrapposizioni concettuali tra i due caratteri dell'automaticità e della perpetuità della misura, molto differenti, in effetti, sia sul piano teorico che applicativo. La stessa non risulta condivisibile, invece, nel momento in cui sembra avallare l'idea di un assetto delle relazioni familiari sostanzialmente statico, cristallizzato al momento del processo penale e della prima valutazione di opportunità circa l'applicazione della pena accessoria privativa dei *parental rights*. Tale impostazione sembra disconoscere il carattere intrinsecamente mutevole delle relazioni interpersonali e – soprattutto – delle condizioni che corrispondono all'interesse del minore, con il rischio di promuovere in quest'ambito concezioni stereotipate ed uniformanti, che la Corte di Strasburgo ha invece finora dimostrato di voler contrastare.

4

PERCORSI DIFFERENTI VERSO ESITI COMUNI? CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA E CORTE EDU A CONFRONTO SULLA PENA ACCESSORIA INTERDITTIVA DELLA POTESTÀ GENITORIALE

Il caso *M.D. and Others v. Malta* ha rivelato l'esistenza di una tendenza evolutiva nella considerazione della perdita dei diritti genitoriali quale conseguenza necessaria di una condanna penale. La Corte EDU ha censurato l'abuso di tale pena accessoria, tanto sotto forma di assenza di qualsiasi collegamento logico-funzionale con il reato commesso, quanto di sproporzione dello strumento rispetto agli scopi di tutela perseguiti. Le indicazioni attuali della Corte di Strasburgo sono nel senso di un'applicazione della sanzione di cui si discute non indiscriminata, ma rapportata al tipo di condotta offensiva ed alle effettive esigenze del minore nel singolo caso.

Un orientamento di segno analogo è presente anche nel nostro ordinamento.

Anche il legislatore storico italiano, come quello maltese, ha ravvisato forti ragioni a fondamento della previsione dell'interdizione dalla potestà genitoriale per il genitore condannato per determinati reati. Tale strategia sanzionatoria si è incardinata su una concezione della potestà genitoriale (*rectius: patria potestas*) come prerogativa del titolare, secondo il retroterra culturale dell'epoca, piuttosto che come funzione da esercitare

«misure generali per ovviare a carenze sistemiche dell'ordinamento interno, determinate da prassi amministrative o dalla stessa legislazione dello Stato, ritenute incompatibili con la CEDU o con i suoi protocolli». Mediante tale pratica la Corte pone in evidenza l'obbligo dello Stato di «prevenire le violazioni, rimuovendo anzitutto gli ostacoli opposti dallo stesso ordinamento interno al pieno riconoscimento dei diritti medesimi», *ivi*, p. 6.

nell'interesse del minore.

Si è anticipato che la tematica ha di recente ottenuto speciale attenzione nel panorama giuridico italiano. Il dibattito è stato avviato da due pronunce della Corte costituzionale in relazione all'art. 569 c.p., disposizione che commina(va), in caso di condanna del genitore per un delitto contro lo *status filiationis* del figlio minore, la pena accessoria automatica e perpetua della decadenza dalla potestà genitoriale. Con la prima sentenza, n. 31 del 23 febbraio 2012⁶¹, la Corte ha accolto la questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione all'art. 567, comma 2, c.p. (alterazione di stato mediante falsità); con la successiva sentenza, n. 7 del 23 gennaio 2013⁶², conclusioni analoghe sono state raggiunte rispetto alla fattispecie di soppressione di stato (art. 566, comma 2, c.p.).

Nonostante l'indubbia differenza di prospettiva, le pronunce della Corte costituzionale italiana e della Corte di Strasburgo, in particolare in questo più recente caso contro Malta, si prestano ad una lettura comparativa, che consente di cogliere chiare similitudini nelle argomentazioni sviluppate.

Merita evidenziare, in via preliminare, che in entrambi gli ambiti – quello sovranazionale e quello italiano – le distorsioni applicative della normativa penale di riferimento sono affiorate nitidamente sul piano fattuale. Proprio dalla dimensione del “fatto” sono emersi elementi, che hanno indotto a ritenere la privazione automatica e perpetua della potestà genitoriale uno strumento inadeguato, perché non graduabile in relazione alle effettive esigenze di tutela sussistenti nel singolo caso.

Ma è sul piano degli argomenti utilizzati che emerge un'interessante analogia tra le decisioni in considerazione. Seppure a partire da ambiti, ruoli e competenze decisorie differenti, le due Corti hanno raggiunto un punto di confluenza: il principio del *best interest of the child* è stato adottato quale canone ermeneutico per la soluzione della questione controversa inerente la sanzione penale. Tanto la Corte EDU quanto la Corte costituzionale italiana hanno soffermato la propria attenzione sul contenuto specifico della pena accessoria di cui si discute, l'esercizio della potestà genitoriale, che, in base alla *ratio* alla stessa riconosciuta, deve essere considerata non tanto una prerogativa spettante al genitore quanto una sua “responsabilità”⁶³, un complesso di attribuzioni conferite a quest'ultimo in funzione dell'obiettivo della migliore tutela del minore. Sulla base di queste premesse, adottando un'impostazione «eccentrica rispetto al consueto orizzonte dei penalisti, centrato su diritti e garanzie del destinatario della sanzione»⁶⁴, entrambe le Corti hanno concluso che l'applicazione della pena accessoria in questione non può

61. Sulla sentenza n. 31 del 2012 della Corte costituzionale, nell'ottica che qui interessa, si vedano i commenti di M. MANTOVANI, *La Corte costituzionale fra soluzioni condivise e percorsi ermeneutici eterodossi: il caso della pronuncia sull'art. 569 c.p.*, in *Giur. cost.*, 2012, 1, p. 377 ss.; G. LEO, *Illegittimo l'automatismo nell'applicazione della sanzione accessoria della perdita della potestà di genitore per il delitto di alterazione di stato*, in *Dir. Pen. Cont.*, 27 febbraio 2012. Sulla decisione sia consentito il rinvio anche a L. FERLA, *Status filiationis ed interesse del minore: tra antichi automatismi sanzionatori e nuove prospettive di tutela*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 4, p. 1585 ss. Una panoramica degli automatismi legislativi censurati dalla più recente giurisprudenza della Corte costituzionale in G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, p. 212. Riferimenti anche in M. BERTOLINO, *Dalla Costituzione al giudice penale interprete-fonte*, in *Jus*, 2012, 3, p. 495 ss. e in G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012, p. 382 ss. Di recente, v. anche A. TESAURO, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: “giocando con le regole” a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, in *Giur. cost.*, 2012, 6, p. 4909 ss.

62. Sulla sentenza n. 7 del 2013 della Corte costituzionale si vedano i commenti di V. MANES, *La Corte costituzionale ribadisce l'irragionevolezza dell'art. 569 c.p. ed aggiorna la “dottrina” del “parametro interposto”* (art. 117, comma primo, Cost.), in *questa Rivista*, 2013, 2, p. 199 ss.; M. MANTOVANI, *Un nuovo intervento della Corte costituzionale sull'art. 569 c.p., sempre in nome del dio minore*, in *Giur. cost.*, 2013, 1, p. 176 ss.; S. LARIZZA, *Interesse del minore e decadenza dalla potestà dei genitori*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 5, p. 554 ss.

63. Il mutamento del significato da attribuire sul piano giuridico alla relazione genitore-figlio trova riscontro anche nelle scelte lessicali adottate nelle fonti. Una chiara indicazione in tal senso è contenuta sia nella Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli ratificata a Strasburgo nel 1996, che all'art. 1 adotta espressamente la denominazione di «parental responsibility» per qualificare il ruolo genitoriale nei confronti del figlio minore, sia nel Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio dell'Unione Europea, relativo alle decisioni in materia matrimoniale e di «responsabilità genitoriale». Nel panorama italiano, meritano di essere segnalate le modifiche contenute nel decreto legislativo approvato dal Governo nella seduta del 12 luglio 2013, recante revisioni delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, ai sensi dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219. Il decreto legislativo, attualmente allo studio del Parlamento, sostituisce la denominazione di “potestà genitoriale” con quella di “responsabilità genitoriale” in ognuna delle disposizioni del codice civile disciplinanti la materia. Si veda, in particolare, l'art. 39 del decreto legislativo, che sostituisce l'articolo 316 c.c. sui contenuti della responsabilità genitoriale. Sul decreto legislativo e sulle scelte di tutela adottate si veda anche la *Relazione* predisposta dalla Commissione ministeriale presieduta dal Prof. Bianca, cfr. www.gov.it.

64. D. PULITANÒ, *Diritto penale*, V ed., Torino, 2013, p. 534.

prescindere dalla considerazione di quale sia, in concreto, l'interesse del minore. È stato così valorizzato in modo innovativo, sul piano delle sanzioni, uno dei *controinteressi* che si oppongono allo strumento penale o ne sollecitano la delimitazione⁶⁵.

A queste valutazioni le due Corti sono pervenute applicando fonti legislative differenti; sembra però importante evidenziare che è stata la Corte costituzionale italiana a sviluppare con maggiore consapevolezza le potenzialità del substrato normativo di riferimento. Mentre la Corte EDU ha richiamato l'art. 8 CEDU, che già richiede un vaglio di corrispondenza tra l'ingerenza nella vita familiare ed il perseguimento di determinati obiettivi di tutela, tra i quali – come si ricorderà – sono espressamente contemplati i “diritti e gli interessi di terzi”, la Corte costituzionale ha ricavato il principio-guida della decisione sulla pena accessoria (l'interesse preminente del minore) attraverso un'interpretazione sistematica ed evolutiva delle norme costituzionali. In particolare, nella sentenza n. 31 del 2012, dopo aver richiamato autorevoli fonti internazionali che hanno assunto il minore ad oggetto specifico di tutela⁶⁶, la Corte ha indicato il radicamento del principio del suo preminente interesse nella Carta fondamentale, tra le norme in materia di famiglia e di filiazione, in particolare nell'art. 30 Cost. Nella successiva sentenza n. 7 del 2013 la Corte ha sostanzialmente ribadito i medesimi principi, pur arricchendo l'*iter* motivazionale con un richiamo più diffuso alle fonti internazionali pertinenti e soprattutto – come evidenziato da attenta dottrina penalistica⁶⁷ – manifestando un'adesione più esplicita agli obblighi di tutela assunti dal nostro Paese in ambito sovranazionale.

Ancora sul piano argomentativo merita evidenziare che tanto nel caso deciso dalla Corte di Strasburgo quanto nei giudizi dinnanzi alla Corte costituzionale italiana vi è stata concordanza circa l'illegittimità dell'automatismo sanzionatorio, nonostante apprezzabili differenze rispetto al tipo di offesa arrecata al minore.

La Corte costituzionale si è confrontata, infatti, con fattispecie di reato a tutela di un diritto della persona (lo *status filiationis*) che, per quanto meritevole di protezione, non può definirsi “pregnante”, se rapportato ad altri diritti fondamentali quali l'integrità fisica, la libera autodeterminazione nella sfera sessuale, la personalità individuale. Nel contempo la Consulta è stata chiamata a pronunciarsi in relazione a figure criminose che conservano l'impronta autoritaria del codice del 1930, e che necessitano di una rilettura costituzionalmente orientata, più rispondente ad una considerazione degli oggetti di tutela graduata in chiave personalistica⁶⁸. Nell'impostazione del codice Rocco lo *status filiationis* era concepito come segno della legittima appartenenza del minore ad un determinato nucleo familiare, piuttosto che come una qualità personale del medesimo che contribuisce a delinearne l'identità. La disciplina in questione era dunque permeata da una «matrice “veteropubblicistica” ed eticizzante», condivisa dall'automatismo con il quale si comminava la decadenza dalla potestà genitoriale (art. 569 c.p.), che la Corte costituzionale ha “smascherato”⁶⁹.

La Corte di Strasburgo nel caso *M.D. and Others v. Malta* si trovava in una posizione ben differente, essendo chiamata a confrontarsi con esigenze di tutela più stringenti, dettate dalla condizione di due minori in tenera età sottoposti a condotte maltrattanti da parte di entrambi i genitori, lesive in modo non occasionale non soltanto della dignità e del corretto sviluppo della personalità ma anche dell'integrità fisica. Al carattere “pregnante” degli interessi in gioco si affiancava, dunque, una sanzione accessoria apparentemente plausibile e coerente, in quanto finalizzata (almeno in linea teorica) a potenziare la tutela già offerta dalla fattispecie incriminatrice, sottraendo le vittime

65. D. PULITANO, *Diritto penale*, cit., p. 144.

66. Sul riferimento crescente della Corte costituzionale al diritto straniero e sovranazionale in funzione sia “persuasiva” che “normativa”, v. S. CASSESE, *La giustizia costituzionale in Italia: lo stato presente*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 3, p. 612 ss.

67. Sviluppa il punto V. MANES, *La Corte costituzionale ribadisce l'irragionevolezza dell'art. 569 c.p.*, cit., p. 201 ss.

68. Evidenzia le tracce di un'impostazione di tipo pubblicistico nella disciplina dei delitti contro lo stato di famiglia M. BERTOLINO, *Il minore vittima*, cit., p. 40 ss., alla quale si rinvia anche per i relativi riferimenti bibliografici.

69. In questi termini, efficacemente, V. MANES, *La Corte costituzionale ribadisce l'irragionevolezza dell'art. 569 c.p.*, cit., p. 199.

alla sfera di controllo degli offensori. Eppure la Corte EDU, pur giudicando la misura della decadenza dai *parental rights* “ragionevole” e “necessaria”, in considerazione della gravità delle offese e delle esigenze di tutela dei minori, ha poi conclusivamente disapprovato la disciplina nazionale sotto il profilo del regime obbligatorio della misura, che a quelle esigenze di tutela finisce per non prestare alcuna attenzione.

In entrambe le vicende la censura è caduta, dunque, non tanto sulla previsione della pena accessoria quanto, univocamente, sull’automatismo della sua applicazione: quest’ultimo, al vaglio rispettivamente del criterio di proporzione della Corte EDU e di quello di ragionevolezza della Corte costituzionale, è risultato inidoneo a consentire un equo bilanciamento di tutti gli interessi meritevoli di tutela. Dalle due Corti, dunque, proviene un’indicazione comune, contraria ad un modello sanzionatorio rigido e fondato su automatismi, a favore invece di un giudizio discrezionale, condotto caso per caso e avendo riguardo al migliore interesse del minore.

Ciascuna di queste pronunce costituisce un riferimento fondamentale per ogni futura riflessione sulle sanzioni penali interdittive della potestà genitoriale. Le conclusioni raggiunte dalla Corte di Strasburgo, da un lato, sebbene non suscettibili di diretta trasposizione in ordinamenti giuridici differenti da quello coinvolto, sono idonee a dispiegare i propri effetti in futuro quanto meno sul piano “culturale”⁷⁰, se non strettamente giuridico⁷¹: per l’autorevolezza del Collegio giudicante, per la pregnanza della fonte convenzionale richiamata, e per la forza argomentativa della decisione, che ha ravvisato la causa della violazione in una “disciplina” piuttosto che in una “attività interpretativa” della stessa. I principi enunciati dalla Corte costituzionale italiana, dall’altro lato, hanno segnato una svolta nella considerazione tradizionale di questa pena accessoria quale misura afflittiva per il solo genitore-destinatario, e sembra abbiano tratto rafforzamento da un confronto “multilivello” con le argomentazioni della Corte europea.

Con lo sguardo rivolto alla migliore tutela dei diritti, deve essere evidenziata, tuttavia, l’importanza del percorso intrapreso autonomamente dalla nostra Corte costituzionale. Quest’ultima, quale protagonista irrinunciabile della «nuova età dei diritti»⁷², attraverso le sentenze sull’art. 569 c.p. è pervenuta a soluzioni in linea con istanze garantistiche, da un duplice punto di vista: in quanto rispondenti in via diretta alle richieste di intervento espresse a livello nazionale, e in quanto attuate non con il carattere frammentario e sempre controvertibile della tutela caso per caso, ma attraverso una lettura unitaria, sistematica ed evolutiva della Carta costituzionale e dei principi dalla stessa enunciati⁷³.

5

PENE ACCESSORIE E POTESTÀ GENITORIALE: RIFLESSIONI PER UN’ALTERNATIVA POSSIBILE

Le decisioni delle due Corti sulle quali ci si è soffermati potrebbero costituire per il giurista italiano l’occasione per una proficua, rinnovata riflessione sulle pene accessorie che incidono sull’esercizio della potestà genitoriale, a partire da un’analisi dell’assetto attuale della disciplina nazionale e della sua compatibilità con i principi enunciati.

70. Sulla «indubbia [...] efficacia ‘culturale’, indipendentemente da quella giuridica, che non può non riconoscersi alle decisioni della Corte di Strasburgo», cfr. R. ROMBOLI, *Trasformazioni del ruolo del giudice e nuove tecniche interpretative*, in G. Chiodi-D. Pulitanò (a cura di), *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, Milano, 2013, p. 47.

71. «Perché [...] dovrebbe essere consentita la “trasfigurazione” di una norma della Convenzione, che potrebbe assumere tanti diversi significati quanti sono gli Stati aderenti alla CEDU, senza contare i contrasti giurisprudenziali all’interno di ciascun ordinamento nazionale? Sarebbe questa la strada giusta per instaurare un dialogo produttivo tra giudici e sistemi di tutela? Oppure si procederebbe verso una confusione generalizzata, utile solo a chi si esercita nell’arte della complicazione?», così G. SILVESTRI, *Fonti interne, fonti esterne e tutela integrata dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, a cura di M. Ruotolo, Napoli, 2011, p. 3415. Sul punto v. anche M. CARTABIA, *Le sentenze «gemelle»: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, 5, spec. p. 3578, che delle decisioni della Corte EDU sottolinea l’autorevolezza «di natura persuasiva, di autorità di cosa interpretata», evidenziando che «è solo con molta cautela» che si possono trarre da sentenze pronunciate nei confronti di un determinato Stato parte, relative ad una vicenda specifica, principi vincolanti per gli altri Stati. Sull’argomento, da una prospettiva penalistica, si vedano le acute riflessioni di F. PALAZZO, *Europa e diritto penale: i nodi al pettine*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 6, p. 657 ss.

72. L’espressione è di M. CARTABIA, *La Corte costituzionale nella nuova età dei diritti*, in *Il Mulino*, 2013, 2, p. 364 ss.

73. Si vedano in proposito ancora le riflessioni di M. CARTABIA, *La Corte costituzionale nella nuova età dei diritti*, cit., p. 370 s.

Il nostro codice penale contempla – com'è noto – oltre a quanto è previsto in materia di delitti contro lo *status filiationis*, una fitta serie di fattispecie di reato alle quali è stata affiancata la pena accessoria interdittiva della potestà genitoriale⁷⁴. Il catalogo preesistente è stato oltretutto arricchito da un recente intervento di riforma: con la legge 1° ottobre 2012, n. 172⁷⁵, che ha ratificato la Convenzione di Lanzarote del 25 ottobre 2007⁷⁶, il nostro legislatore ha introdotto le nuove fattispecie di “istigazione a pratiche di pedofilia e di pedopornografia” (art. 414 *bis* c.p.) e di “adescamento di minorenni” (art. 609 *undecies*), alle quali è stata estesa la pena accessoria della perdita della potestà genitoriale, in assenza di indicazioni vincolanti in questo senso da parte del legislatore sovranazionale⁷⁷. In controtendenza rispetto ad un orientamento sempre più consolidato nella giurisprudenza costituzionale contrario a modelli sanzionatori fondati su automatismi, e in contrasto anche con le argomentazioni sviluppate dalla Corte costituzionale già a partire dalla sentenza n. 31 del febbraio 2012 – di qualche mese precedente la riforma legislativa – il legislatore nazionale ha continuato a riproporre strategie punitive improntate al massimo rigore e, nel contempo, del tutto impermeabili alle specificità di ciascun caso e impeditive di qualsiasi considerazione dell'interesse del minore direttamente coinvolto⁷⁸.

Considerata l'eterogeneità delle condotte criminose che, in quanto caratterizzate dall'abuso da parte del genitore della propria autorità e delle proprie prerogative nei confronti del figlio minore, sono affiancate dalla pena accessoria di cui si discute, è difficile avventurarsi in previsioni circa l'evoluzione del quadro normativo vigente in una prospettiva d'insieme. Un tentativo di superamento dell'automatismo sanzionatorio è stato compiuto, ad esempio, attraverso la proposizione di una questione di legittimità costituzionale dell'art. 574 *bis* c.p., che commina la pena accessoria della sospensione dall'esercizio della potestà genitoriale per il genitore condannato per il delitto di sottrazione o trattenimento di minore all'estero⁷⁹. Il suddetto procedimento si è peraltro concluso con un'ordinanza di manifesta inammissibilità della Corte costituzionale⁸⁰, essendo state riscontrate nel provvedimento di rimessione lacune che non hanno consentito di apprezzare la rilevanza della questione nel giudizio *a quo*. Benché il dibattito sul regime sanzionatorio in esame non abbia beneficiato di nuove, autorevoli indicazioni della Corte costituzionale, l'iniziativa del giudice rimettente merita attenta considerazione,

74. Si tratta dei casi di condanna: per incesto (art. 564 c.p.); per pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili (art. 583 *bis* c.p.); per riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù (art. 600 c.p.); per tratta di persone (art. 601 c.p.); per acquisto e alienazione di schiavi (art. 602 c.p.); per violenza sessuale (artt. 609 *bis* e 609 *ter*); per atti sessuali con minorenne (art. 609 *quater*); per corruzione di minorenne (art. 609 *quinquies*); per violenza sessuale di gruppo (art. 609 *octies*). L'art. 609 *nonies* (*Pene accessorie ed altri effetti penali*), inoltre, prevede che la condanna o l'applicazione della pena su richiesta delle parti ex art. 444 c.p.p. per uno dei delitti previsti dagli articoli 609 *bis*, 609 *ter*, 609 *quater*, 609 *quinquies* e 609 *octies* comporta la perdita della potestà genitoriale «quando la qualità di genitore è elemento costitutivo o circostanza aggravante del reato». Merita di essere ricordato anche l'art. 32 c.p., che prevede la decadenza dalla potestà dei genitori in caso di condanna alla pena dell'ergastolo.

75. Cfr. la legge 1° ottobre 2012, n. 172 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno), pubblicata in *G.U.* n. 235 del 8 settembre 2012, Serie generale, Parte prima, p. 1 ss. Si veda, in particolare, l'art. 27 (*Sanctions and measures*) della Convenzione di Lanzarote, che dispone: «Each Party may adopt other measures in relation to perpetrators, such as withdrawal of parental rights or monitoring or supervision of convicted persons».

76. Cfr. *Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse*, Lanzarote, 25.X.2007.

77. Il nuovo articolo 600-*septies*.2 c.p. (*Pene accessorie*) prevede espressamente che «alla condanna o all'applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'art. 444 del codice di procedura penale per i delitti previsti dalla presente sezione [Delitti contro la personalità individuale] e per il delitto di cui all'articolo 414-*bis* del presente codice conseguono: 1) la perdita della potestà genitoriale, quando la qualità di genitore è prevista quale circostanza aggravante del reato [...]». Quanto alla nuova figura di reato di adescamento di minori, l'estensione della pena accessoria è stata ottenuta attraverso una modifica del contenuto dell'art. 609-*nonies* c.p. Per un'ampia disamina del recente intervento di riforma attuato con la legge n. 172/2012 si veda M. BERTOLINO, *Convenzioni, Direttive e legislazione nazionale: un fronte comune di lotta contro i delitti a sfondo sessuale a danno di minori nella legge di ratifica n. 172/2012*, Torino, 2014.

78. Per questi rilievi sia consentito il rinvio a L. FERLA, *Status filiationis ed interesse del minore*, cit., p. 1596 ss.

79. Con ordinanza del 17 aprile 2012 il Tribunale di Firenze dichiarava rilevante e non manifestamente infondata in relazione agli artt. 2, 3, 10, 30 e 31 Cost. la questione di legittimità costituzionale dell'art. 574 *bis* c.p., «nella parte in cui stabilisce che, in caso di condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di sottrazione e trattenimento di minore all'estero consegua di diritto la sospensione della potestà genitoriale, così precludendo al giudice ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore nel caso concreto»; cfr. Tribunale di Firenze, ordinanza 17 aprile 2012, il cui testo integrale è pubblicato in *G.U.* n. 41 del 17 ottobre 2012, 1ª Serie spec., p. 112 ss.

80. Cfr. Corte costituzionale, ordinanza 20 giugno 2013, n. 150, in *www.giurcost.org*.

poiché, se per un verso denota che il giudice di merito ha ritenuto necessario sollecitare l'intervento del Giudice delle leggi piuttosto che tentare un'interpretazione conforme della normativa coinvolta alla luce dei principi enunciati nella giurisprudenza costituzionale⁸¹, per altro verso indica che si è dubitato della compatibilità con i suddetti principi anche di una disposizione che prevede come pena accessoria l'automatica *sospensione* (e non la definitiva privazione) dell'esercizio della potestà genitoriale.

Quel che è certo è che tanto dalla Corte costituzionale italiana quanto dalla Corte di Strasburgo provengono indicazioni contrarie alla "tenuta" degli automatismi sanzionatori rispetto alla pena accessoria della decadenza dalla potestà genitoriale. Entrambe le Corti, a ben guardare, hanno aperto uno spiraglio sulla ragionevolezza della misura, che può risultare giustificata nei casi più gravi, laddove emerga univocamente la particolare indegnità del genitore-offensore al proprio ruolo educativo⁸². Ma il riferimento all'interesse del minore coinvolto nel caso concreto, che non può essere del tutto ignorato né considerato in termini astratti e presuntivi, costituisce ormai un argomento ineludibile a favore dell'applicazione soltanto discrezionale della pena accessoria, da intendersi come *extrema ratio*.

Le decisioni della Corte di Strasburgo di cui si è detto offrono, oltretutto, un rafforzamento in questa direzione del quadro normativo di riferimento, mostrando che il principio del *best interest of the child* in funzione di canone ermeneutico per la decisione trova un solido radicamento anche nell'art. 8 CEDU, che tutela il diritto al rispetto della vita familiare. Tale norma, che non è stata richiamata dalla Corte costituzionale quale parametro interposto nei giudizi di legittimità costituzionale dell'art. 569 c.p., si presta per il futuro, per il contenuto pregnante riconosciute dalla giurisprudenza della Corte EDU, ad arricchire il panorama delle fonti sovranazionali volte ad una più effettiva tutela del minore.

Le attuali tendenze verso il superamento degli automatismi sanzionatori suscitano, peraltro, ulteriori riflessioni sul piano delle ricadute pratiche di simile disciplina.

L'applicazione (anche se) discrezionale di una pena accessoria che limita l'esercizio della potestà genitoriale non può essere considerata risolutiva rispetto alla complessità dei problemi ed alla eterogeneità degli interessi dei quali si auspica una composizione. Né è possibile ignorare che tale misura, pur proponendosi con le sembianze di uno strumento di tutela, è in realtà idonea ad alterare in modo irreversibile gli equilibri della relazione affettiva ed educativa esistente tra un genitore ed il figlio minore. Quando all'interno di un nucleo familiare si sono manifestate condizioni di criticità tali da determinare l'intervento della giustizia punitiva, è plausibile ipotizzare che la migliore tutela del minore possa essere ottenuta mediante la sua sottrazione alla sfera di controllo dei genitori. Tale opzione, tuttavia, è da considerare alla stregua di *extrema ratio*, alla quale ricorrere soltanto a seguito di un'attenta considerazione del suo effetto stigmatizzante, delle ripercussioni negative sui legami familiari e, soprattutto, dell'effettiva rispondenza all'interesse del minore.

Ma simile gradualità non caratterizza attualmente gli strumenti disponibili nel nostro sistema penale. E lo stesso giudice incaricato di valutare la responsabilità del genitore-offensore, chiamato anche a pronunciarsi sull'applicazione della misura interdittiva,

81. Si vedano, sul punto, le riflessioni di M. BERTOLINO, *Diritti, conflitti, Costituzione: la giustizia penale della Consulta tra giudici comuni e legislatore*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 11, p. 1254.

82. Indicazioni in questo senso emergono dalla sentenza n. 31 del 2012: «La violazione del principio di ragionevolezza [...] deve essere affermata anche alla luce dei caratteri propri del delitto di cui all'art. 567, secondo comma, cod. pen. Infatti, quest'ultimo, diversamente da altre ipotesi criminose in danno di minori, non reca in sé una presunzione assoluta di pregiudizio per i loro interessi morali e materiali, tale da indurre a ravvisare sempre l'inidoneità del genitore all'esercizio della potestà genitoriale», cfr. Corte costituzionale, 23 febbraio 2012, n. 31, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 4, p. 1582. Un richiamo alle medesime argomentazioni è presente anche nella sentenza n. 7 del 2013: «è certo che anche per la soppressione di stato valgono le stesse considerazioni di non necessaria "indegnità" del genitore che sono state evocate per la alterazione di stato», cfr. Corte costituzionale, 16 gennaio 2013, n. 7, in *Giur. cost.*, 2013, 1, p. 174. La Corte di Strasburgo, inoltre, nel caso *M.D. and Others v. Malta* ha riconosciuto la misura interdittiva dei *parental rights* «both reasonable and necessary» in considerazione della tipologia del reato (*ill-treatment*) e degli interessi offesi (§ 77).

non dispone di altre risorse che la conoscenza delle circostanze del caso ed il parametro – alquanto sfuggente – dell’interesse preminente del minore. Per quanto il regime discrezionale della pena accessoria rappresenti indubbiamente un progresso apprezzabile rispetto ad un automatismo, lo stesso non risulta idoneo al perseguimento degli obiettivi auspicati.

Moniti non ignorabili provengono, del resto, dalla stessa magistratura minorile, che responsabilmente esprime perplessità circa l’efficacia delle proprie strategie di intervento rispetto alla complessità ed alla eterogeneità delle situazioni problematiche, nonostante la formazione professionale, la specializzazione dei magistrati e l’apporto di differenti tipologie di competenze costituiscano premesse fondamentali per un’adeguata comprensione delle dinamiche familiari e per l’individuazione delle condizioni necessarie alla loro valorizzazione⁸³.

Queste considerazioni dovrebbero far riflettere sul fatto che, se per un verso una seria revisione del nostro sistema sanzionatorio sotto il profilo considerato non appare più eludibile, per altro verso per proseguire nella direzione tracciata dal legislatore sovranazionale e dalle due Corti verso la migliore tutela del minore occorre considerare in modo più comprensivo le potenzialità offerte dal nostro ordinamento.

Da quest’ultimo punto di vista, in ambito civile esistono organi specializzati e strumenti di tutela graduati e flessibili rispetto a comportamenti che, minacciando il benessere psico-fisico e lo sviluppo equilibrato del minore, costituiscono indici dell’inidoneità del genitore al proprio ruolo educativo: e ciò – occorre notare – a prescindere dal fatto che il comportamento offensivo integri una fattispecie di reato. Il Tribunale per i minorenni, da un lato, rappresenta l’interlocutore più adatto rispetto a situazioni familiari critiche che richiedono un intervento competente; la normativa civilistica (artt. 330 ss. c.c.), dall’altro lato, offre una serie di misure che possono realmente inserirsi nella dimensione familiare con modalità adeguate alle esigenze di ciascun caso.

Sul fronte invece delle pene accessorie occorre ricordare che un tentativo verso l’elaborazione di soluzioni più sensibili alla tutela del minore era stato attuato da una parte della dottrina penalistica, che nel Progetto di riforma del codice penale elaborato dalla Commissione presieduta dal Prof. Grosso auspicava l’estromissione dal catalogo delle pene accessorie di ogni provvedimento – tanto di sospensione quanto di decadenza – inerente l’esercizio della potestà genitoriale. La Relazione accompagnatoria del progetto di riforma esplicitava le ragioni di tale opzione abolizionista, indicate nella preferenza per il Tribunale per i minorenni quale soggetto investito degli interventi in materia di potestà genitoriale nell’interesse del minore⁸⁴. Tale approccio esprime realmente un «allargamento d’orizzonte», esito di una riflessione che assume a proprio oggetto «l’insieme degli interessi tipicamente coinvolti nella applicazione di istituti penali»⁸⁵. In una prospettiva *de jure condendo*, simili proposte potrebbero essere utilmente valorizzate, non soltanto per realizzare una ripartizione di ruoli secondo competenze più ragionevole di quella stabilita dal legislatore del 1930, ma soprattutto al fine di esprimere una differente scelta etica che, nella consapevolezza del valore da riconoscere alla persona e ai suoi diritti fondamentali, non espone il minore alle dinamiche strumentali, punitivo-dissuasive, della pena.

83. A. C. MORO, *Manuale di diritto minorile*, a cura di Luigi Fadiga, Bologna, 2008, p. 40; E. CECCARELLI, *L’interesse del minore e l’evoluzione della giurisprudenza civile minorile*, in *Minorigiustizia*, 2011, 3, p. 138; G. FERRANDO, *Il controllo giudiziale sulla potestà dei genitori*, in M. Cinque (a cura di), *Giustizia minore? La tutela giurisdizionale dei minori e dei “giovani adulti”*, Padova, 2004, p. 27; P. MARTINELLI-J. MOYERSON, *L’interesse del minore: proviamo a ripensarlo davvero*, in *Minorigiustizia*, 2011, 3, p. 7 ss. e, *ivi*, numerosi interventi, di carattere interdisciplinare, sul tema dell’interesse del minore.

84. Cfr. *I lavori della Commissione ministeriale per la riforma del codice penale istituita con D.M. 1° ottobre 1998*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 574 ss., e in particolare la *Relazione al “Progetto preliminare di riforma del codice penale” – Parte generale*, *ivi*, p. 621: «Non è stata prevista una pena interdittiva relativa alla potestà dei genitori, essendosi preferito lasciare la materia degli interventi sulla potestà a provvedimenti del Tribunale per i minorenni nell’esclusivo interesse del minore».

85. Si vedano, a questo proposito, le riflessioni svolte dal Prof. Domenico Pulitanò nel suo intervento al I Convegno dell’Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale dal titolo “Il diritto penale nella realtà contemporanea: prospettive e alternative”, Firenze, 16/17 novembre 2012, intervento ora pubblicato in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 3, p. 1360 (citazione a p. 1368).

La pena è già «un male aggiunto al male colpevolmente commesso dal soggetto che la subisce»⁸⁶; la pena accessoria che incide sull'esercizio della potestà genitoriale assume caratteri di afflittività ancor più accentuati, poiché coinvolge direttamente non soltanto l'autore del reato ma anche un altro soggetto, il minore, senza offrire garanzie di conformità allo scopo della sua migliore tutela. Proprio i principi enunciati dalle due Corti in via interpretativa a partire, rispettivamente, dai parametri normativi costituzionali e convenzionali degli articoli 30, 3 Cost. e 8 CEDU potrebbero dunque avvalorare il significato di un intervento di riforma delle pene accessorie, nei termini già indicati da quella dottrina penalistica che aveva saputo cogliere rispetto ad esse i medesimi, ineludibili profili di irragionevolezza.

Un'eventuale opzione radicale, nel segno dell'eliminazione dal catalogo delle pene accessorie delle misure che incidono sulla potestà genitoriale, non dovrà essere intesa come un segnale di denegata giustizia o di affievolimento della risposta punitiva rispetto a chi abusi della propria condizione genitoriale. Si tratta, al contrario, dell'elaborazione di una differente strategia di tutela che, rinunciando al diritto penale come *modalità di disciplina*, tende a promuovere il più efficiente intervento delle risorse personali ed istituzionali e degli strumenti normativi disponibili in ambito civile, al fine primario del perseguimento del miglior interesse del minore e, ove possibile, della composizione del conflitto familiare.

86. M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 3, p. 1169.

Sull'applicabilità dell'articolo 640 co. 2 n. 1) c. p. alle società miste

Brevi considerazioni a margine di Cass., Sez. II pen., 30 ottobre 2012, n. 42408, rel. Fiandanese, ric. Caltagirone Bellavista

SOMMARIO

1. IL TEMA OGGETTO DELLA SENTENZA. INTRODUZIONE. – 1.1. DECISIONE DELLA CORTE. RATIO E CRITERI. – 1.2. L'ART. 640 CO. 2 N. 1) C. P.: CONTINUITÀ E FRATTURE NELL'INTERPRETAZIONE GIURISPRUDENZIALE. – 2. PROBLEMI CONNESSI ALLA *QUAESTIO IURIS*. IL CONCETTO DI "SOCIETÀ MISTA". GENESI E NATURA GIURIDICA. – 3. PRIME CONSIDERAZIONI DI SINTESI. – 3.1. PRIMA QUESTIONE. PUÒ LA NOZIONE DI "ORGANISMO DI DIRITTO PUBBLICO" ESSERE UTILIZZATA COME CHIAVE DI LETTURA DELL'ART. 640 CO. 2 N. 1) C. P.? – 3.2. SECONDA QUESTIONE. SULLA CONDIVISIBILITÀ DELLA TEORIA DELL'ORGANO INDIRETTO. CRITICA. – 4. OGGETTIVISMO E SOGGETTIVISMO. DAVVERO RAGIONEVOLE UTILIZZARE CRITERI DIVERSI? – 5. CONCLUSIONI.

1

IL TEMA OGGETTO DELLA SENTENZA. INTRODUZIONE

Il lavoro che qui si propone ha lo scopo d'indagare – sinteticamente, e prendendo le mosse dalle trame concettuali sottese alla sentenza in epigrafe – la natura giuridica e lo statuto dogmatico delle società di capitali a partecipazione pubblica, e a dedurne, più precipuamente, l'eventuale compatibilità/incompatibilità con l'aggravante di cui all'art. 640 co. 2 n. 1) c. p.

Il tema – che è certamente magmatico – può essere, per brevità e chiarezza, riassunto nel seguente interrogativo: «*può una società per azioni a partecipazione mista esser qualificabile come ente pubblico e, dunque, integrare l'aggravante in esame?*»¹.

La risposta al quesito è, secondo la Corte di Cassazione, affermativa².

1. Preme segnalare che la questione è stata oggetto di una recentissima ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite (ordinanza n. 30718/2013), la cui decisione era prevista per l'udienza dello scorso 24 ottobre.

La questione non è stata, tuttavia, esaminata, per inammissibilità del ricorso. Il testo dell'ordinanza di rimessione è consultabile sul sito www.cortedicassazione.it, nella sezione "servizio novità".

2. Brevemente: la decisione in esame sottopone a vaglio critico proprio lo statuto dogmatico dei modelli societari a partecipazione pubblico – privata, delineandone, per l'appunto, il perimetro definitorio – operativo. Avendo ad oggetto la decisione in ordine al ricorso proposto da Francesco Bellavista Caltagirone, avverso l'ordinanza del G.I.P. di Genova (poi confermata dal Tribunale) che disponeva l'applicazione della misura della custodia cautelare in carcere, per i reati ascritti all'indagato (ed invero, i delitti di cui agli artt. 110, 81 cpv., 40 co. 2, 61 nn. 7 e 9, 640 co. 2 n. 1 c. p.), la sentenza fornisce un certo apporto contenutistico rispetto alla configurabilità della qualifica di ente pubblico con riferimento ad una S.P.A. mista e, di conseguenza, disegna in modo netto la sfera di significatività concettuale dell'aggravante di cui all'art. 640 co. 2 n. 1 c. p. Tralasciando la disamina degli ulteriori motivi, di natura certamente marginale, riteniamo meritevole d'attenzione l'iter logico – sistematico che ha condotto all'esito della decisione e che si snoda, per l'appunto, sull'atteggiarsi dei parametri descrittivi rispetto alla nozione di ente pubblico agli effetti della legge penale: questione, questa, cui si fornisce, nel caso oggetto d'analisi – come specificato – una risposta affermativa. Molteplici le argomentazioni presenti in sentenza: 1) la società in danno della quale si era perpetrata la condotta dell'indagato è da inquadrare come ente strumentale alla P. A. e, di conseguenza, in base al criterio della c. d. *strumentalità pubblica*, è da considerare come avente natura non privatistica; 2) sarebbero integrati i requisiti richiesti dal legislatore comunitario rispetto alla nozione di "organismo di diritto pubblico"; 3) trattasi di società partecipata al 48% da comune di Imperia: *ergo*, la presenza pubblicistica inciderebbe sulla natura del modello societario; 4) l'ente di cui si discorre è destinatario di un provvedimento di concessione di opera pubblica sul demanio ed il concessionario è da considerare – si legge nella pronuncia – organo indiretto della P. A.

I due principali motivi sono, però, quello *sub* 2) e quello *sub* 4).

La pronuncia, difatti, inarca gran parte dell'argomentazione proprio sui requisiti che integrano la nozione di "organismo di diritto pubblico".

Per linearità concettuale, procediamo sin d'ora ad una elencazione dei suddetti indici, limitandoci a segnalare che, secondo la giurisprudenza comunitaria, sono parametri di "pubblicità": 1) il perseguimento di interessi generali aventi carattere non industriale o commerciale; 2) il requisito della personalità giuridica; 3) il finanziamento dell'attività dell'ente «riconducibile in modo maggioritario allo Stato».

1.1

DECISIONE DELLA CORTE. RATIO E CRITERI

Molto sintetizzando, i motivi addotti sono, in buona sostanza, due.

Dopo un ampio *excursus* “storiografico” sull’evoluzione che ha caratterizzato le forme di gestione del servizio pubblico, l’attenzione si focalizza, in primo luogo, sulla circostanza secondo cui sarebbero integrati i requisiti richiesti dal legislatore comunitario rispetto alla nozione di “organismo di diritto pubblico” (con specifico riferimento al profilo teleologico del perseguimento di *interessi generali aventi carattere non industriale o commerciale*); in secondo luogo, si sottolinea il fatto in base al quale l’ente in questione, destinatario di un provvedimento di concessione di opera pubblica sul demanio, sia, per questo, da considerarsi organo indiretto della P. A.

Per chiarezza espositiva va, però, detto che lo snodo argomentativo fondamentale della pronuncia è rappresentato, per l’appunto, dalla “presa d’atto” dei criteri sostanzialistici, elaborati dalla Corte di Lussemburgo, in ordine agli indici sintomatici di “pubblicità” degli enti: si legge, infatti, nella sentenza che *«la nozione di ente pubblico rilevante ai fini dell’applicazione dell’aggravante di cui si discute può, nel nuovo sistema ordinamentale nel quale s’inserisce, essere mutuata dalla giurisprudenza comunitaria, recepita nella legislazione italiana, certamente corrispondente all’originario intento del legislatore del codice penale³ (...)»*.

La sentenza – che a *quei* criteri presta grande attenzione – chiarisce, infatti, che il momento discrezionale fondamentale nella definizione di un organismo come “ente pubblico” è la circostanza in base alla quale i processi decisionali all’interno dell’ente stesso avvengano in forza di una pregnante influenza pubblicistica, nonché alla stregua di modalità che si discostano da quelle peculiarmente riferibili alle “comuni” formule societarie.

Si aggiunge, poi, che l’eventuale “curvatura” in senso difforme dell’inquadramento giuridico della società di cui trattasi è da ritenere non condivisibile, per due motivi: da un lato, difatti, ogni soluzione di segno contrario sarebbe inarcata su inattuali elaborazioni formali; dall’altro, perché un diverso risultato ermeneutico si tradurrebbe in un «veicolo di condotte elusive delle più gravi sanzioni penali, mediante l’utilizzo dello schermo societario⁴».

Parimenti non condivisibile sarebbe, secondo la sentenza, il rilievo del ricorrente, che fa leva sulla indeterminatezza della fattispecie aggravata, conseguente alla classificazione in termini di ente pubblico della predetta società: le indicazioni fornite dalla Corte di Giustizia sarebbero, per converso, precise, tassative ed attente al dato funzionale⁵.

Ne deriva, dunque, la piena configurabilità dell’aggravante di cui all’art. 640 co. 2 n. 1) c. p.⁶

Queste le conclusioni della sentenza in esame.

Il problema sotteso a *quella* pronuncia, è, però, un problema (fondamentale) di teoria giuridica, e merita, quindi, talune preliminari specificazioni, nello sforzo di verificare la condivisibilità della soluzione prescelta.

1.2

L’ART. 640 CO. 2 N. 1) C. P.: CONTINUITÀ E FRATTURE NELL’INTERPRETAZIONE GIURISPRUDENZIALE

Partiamo, quindi, con una breve disamina dell’ipotesi normativa che, più da vicino, ci interessa.

La fattispecie ascritta all’indagato – e confermata dalla sentenza in epigrafe – è, per l’appunto, quella di truffa aggravata a danno di un ente pubblico.

Il fondamento concettuale sotteso all’aggravante in esame è di matrice squisitamente soggettivistica: detto in altri termini, l’art. 640 “guarda” ai soggetti, non alle attività.

3. Punto 12 della pronuncia.

4. Punto 12 della pronuncia in epigrafe, *ult. cpv.*

5. Sempre punto 12 della pronuncia.

6. Si vedano i punti 13, 14, 15 della pronuncia in esame.

Contrariamente, cioè, a quanto previsto in tema di qualifiche soggettive pubblicistiche agli effetti della legge penale (ove il legislatore ha adottato un criterio identificativo di tipo funzionale – oggettivo⁷), nella geografia dell'art. 640 c. p., non ha – almeno formalmente – alcun peso il tipo di disciplina preposta alla regolamentazione dell'attività svolta, né l'attività stessa.

Di conseguenza, l'applicabilità o meno dell'aggravante dipende, in buona sostanza, o dalla titolarità formale dell'ente stesso (criterio soggettivo “forte”); ovvero dalle finalità perseguite (criterio soggettivo “debole”⁸).

Ciò premesso, veniamo ad una sintetica analisi dei precedenti giurisprudenziali sul tema, in modo, per un verso, da inquadrare il contesto in cui la pronuncia in commento si innesta e, per altro verso, al fine di comprendere la tipologia di effetti che l'impostazione normativa di stampo soggettivistico, a livello interpretativo, produce.

Orbene, partiamo col dire che, almeno in via di prima approssimazione, l'orientamento maggioritario propende per il venir meno dell'aggravante nelle ipotesi in cui il soggetto danneggiato sia una società mista, sulla scorta del rilievo in base al quale «la natura eventualmente pubblica del servizio prestato» incide esclusivamente sulla configurabilità della «qualifica dei soggetti agenti, secondo la concezione funzionale oggettiva accolta dagli artt. 357 e 358⁹».

Detto in altri termini: l'adozione dello schema societario determina, secondo quest'orientamento, l'automatica esclusione dal perimetro applicativo della fattispecie aggravata di tutti quegli enti costituiti in forma di società commerciali, anche quando l'attività svolta sia di tipo marcatamente pubblicistico (quando, cioè, pubblicistiche sono le norme che la governano o pubblica è la finalità che si persegue): un ente *non* connotato dal requisito dello scopo di lucro verrebbe esentato dall'applicazione dell'aggravante, per il semplice fatto di presentarsi nella forma di società per azioni (o altra società commerciale), con tutto il corredo di effetti – soprattutto in tema di disparità di trattamento e disomogeneità sanzionatoria – che ne derivano.

Orbene, la sentenza in epigrafe si scolla dall'assetto concettuale sedimentato in giurisprudenza, utilizzando, per sciogliere l'*impasse*, una nozione “sostanziale” di pubblica amministrazione, più prossima ai parametri del legislatore comunitario.

L'impianto argomentativo della pronuncia, infatti, postula il carattere neutrale dello schema organizzativo, per accedere, poi, ad una compiuta analisi del tipo di attività e degli scopi perseguiti.

Anticipiamo, dunque, sin d'ora che – condivisibile o meno l'esito dell'argomentazione – la sentenza ha certamente il merito di tentare un approccio antiformalistico, che

7. Si vedano, sul tema delle qualifiche soggettive pubblicistiche: ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati – le qualifiche soggettive pubblicistiche*, Giuffrè, 2002, 235; VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Cedam, 2008; VALLINI, *Le qualifiche soggettive*, in PALAZZO (a cura di), *Delitti contro la pubblica amministrazione*, Esi, 2011, 745; ID., *La nozione di “incaricato di pubblico servizio” e l'odierna realtà dei servizi di interesse generale*, in *Cass. pen.*, n. 12/ 2012, 4293; SEVERINO DI BENEDETTO, *Pubblico ufficiale e incaricato di un pubblico servizio* (Voce), in *Digesto delle discipline penali*, X, Utet, 1995, 511; DI GIOVINE, *Pubblico Ufficiale* (Voce), in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Milano, Giuffrè, 2006, 4783; MANES, *Servizi pubblici e diritto penale. L'impatto delle liberalizzazioni sullo statuto penale della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2010; BONDI, *Nozioni comuni e qualifiche soggettive*, in BONDI – DI MARTINO – FORNASARI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, II ed., Giappichelli, 2008; DEL CORSO, *Pubblica funzione e pubblico servizio di fronte alle trasformazioni dello Stato: profili penalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1036; FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, I, Zanichelli, 2012, 171; SEVERI, *Funzione pubblica* (Voce), in *Dig. disc. pubbl.*, VII, Torino, 1991, 70; SCORDAMAGLIA, *Le qualifiche soggettive degli amministratori di società miste tra principio di tassatività ed esigenze di tutela della corretta gestione delle imprese con finalità pubbliche*, in *Dir. pen. cont.*, 6 marzo 2012.

8. Sulla distinzione tra criterio soggettivo in senso debole e criterio soggettivo in senso forte: DI GIOVINE, *Sanità e ambito applicativo della disciplina sulla responsabilità degli enti: alcune riflessioni sui confini tra pubblico e privato*, in *Cass. pen.* 5/2011, 1889.

9. Cass. Sez. VI, 5 febbraio 2009 (dep. 25 febbraio 2009) n. 8392; in senso conforme: Cass. Sez. II, 29 settembre 2009 (dep. 28 ottobre 2009) n. 41498; nello stesso senso, ma con riferimento all'ipotesi di trasformazione dell'ente pubblico in società per azioni: Cass. Sez. II, 24 febbraio 2003 n. 8797 ha ritenuto l'aggravante inapplicabile all'ente pubblico economico “Poste Italiane”; analogamente, Cass. Sez. VI, 27 agosto 2004 n. 35603 e Cass. Sez. II 27 febbraio 2006 n. 7226 hanno ritenuto l'aggravante inapplicabile, rispettivamente, all'“Azienda Trasporti Milano” (ente pubblico economico trasformato in società per azioni) e all'“Azienda Torinese Mobilità” (anch'essa ente pubblico economico trasformato in società per azioni).

Si ritiene, invece, che l'aggravante sia integrata quando il soggetto danneggiato sia un ente pubblico economico, «stante il riferimento della circostanza agli enti pubblici in genere, senza distinzione alcuna tra enti pubblici economici ed altri enti pubblici». Così Cass. Sez. II, 21 maggio 1995, n. 5870.

abbia attinenza alla “sostanza” e si concentri su indici diversi dal mero riferimento alla formula gestoria.

2

PROBLEMI CONNESSI ALLA QUAESTIO IURIS. IL CONCETTO DI “SOCIETÀ MISTA”. GENESI E NATURA GIURIDICA

Quale che sia, però, la soluzione prescelta dall’interprete nell’analisi della questione, i “nodi” dogmatici cui la sentenza rimanda concernono, *in primis*, la natura giuridica di una S. P. A. mista¹⁰, con i conseguenti riverberi di disciplina e i problemi relativi alla scelta dei criteri risolutivi degli eventuali conflitti di statuto applicabile.

Ripercorriamone brevemente i tratti essenziali.

Orbene, è ormai acquisizione nota il ritenere che l’origine della partecipazione statale nelle società commerciali sia da ricondursi alla Germania degli anni Venti, nella forma di una «collettivizzazione dei servizi pubblici essenziali»¹¹.

Il successo del modello ne legittimò l’esportazione¹².

In Italia, il primo fenomeno di ibridismo gestorio si ha con la fondazione dell’IRI nel 1933, cui fanno seguito, secondo una parabola normativa scandita da fasi precise, innovazioni legislative¹³ che conducono ad un sistema sempre più incline all’utilizzo delle

10. La bibliografia sulle società a partecipazione pubblica è certamente copiosa. Si vedano, tra gli altri: GOISIS, *Società a partecipazione pubblica* (Voce), in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Milano, Giuffrè, 2006, 5601; Id., *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004; ROSSI, *Società con partecipazione pubblica* (Voce), in *Enc. Giur. Treccani*, XXIX, 1 – 17; Id., *Le società per azioni con partecipazione pubblica*, in ROTONDI (a cura di), *I grandi problemi della società per azioni nelle legislazioni vigenti*, II, Padova, 1976, 1604 ss.; DUGATO, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, Ipsos, 2001; CAMMELLI – DUGATO, *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Giappichelli, 2000; MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Il Mulino, 1990; IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, Laterza, 2003, 159 ss.; GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.* 1958, 227; CASSESE, *Problemi della storia delle partecipazioni statali*, in MINERVINI (a cura di), *Le imprese a partecipazione statale*, Napoli, 1972; VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, 1979; SARACENO, *Il sistema delle imprese a partecipazione statale nell’esperienza italiana*, Milano, 1975; RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, Torino, Giappichelli, 1997; MARZUOLI, *Le privatizzazioni tra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 393; PIZZA, *Società per azioni di diritto singolare: rassegna 1999 – 2003*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2004, 372; DOMINICHELLI (a cura di), *La società “pubblica” tra diritto privato e diritto amministrativo*, Padova, 2008; CHITI, *Le carenze di disciplina delle società miste e le linee direttrici per un riordino*, in *Giorn. dir. amm.*, 10/2009, 1115; BOSCHETTI, *I confini della nozione di società mista*, in *Urb. app.*, 2/2011, 182; LONGHI, *La disciplina dei servizi pubblici locali dopo la L. 148 del 2011 (c. d. “decreto di Ferragosto”) ed il d. l. n. 1 del 2012*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 1/2012, 267; TERRACCIANO, *La natura giuridica delle società a partecipazione pubblica e dei consorzi per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Foro amm. Tar*, 7–8 /2010, 2733; VAIRA, *La gestione dei servizi pubblici tra in house providing e affidamenti diretti a società miste: ancora incertezze sulle rispettive condizioni di legittimità* (commento a Cons. St., Ad. Plen. 3 marzo 2008, n. 1), in *Giust. amm.*, 1/2009, 486; MATTIA – PAOLINI, *Società miste e affidamento diretto di servizi pubblici*, in *Studi e materiali*, 2/2008, 926; BERCELLI, *Sulle società miste e le società in house degli enti locali*, in *Urb. app.*, 6/2005, 640; SCOCA, *Il punto sulle c. d. società pubbliche*, in *Il diritto dell’economia*, 2/2005, 239; MAIORANI, *La gestione dei servizi pubblici locali mediante le società miste: la natura giuridica del soggetto e il problema dell’“affidamento in house”*, in *Diritto e formazione* 2/2004, 266; BERLUCCHI, *Rilevanza della partecipazione dell’ente locale e indirizzi di gestione nella società per azioni mista: prime considerazioni*, in *Giust. civ.*, 4/2002, 1097.

11. Sul punto, Rossi, *Società con partecipazione pubblica*, cit., 2.

12. Va sottolineato che «l’acquisto da parte di determinati enti pubblici di partecipazioni in società private svolgenti attività commerciale fu nel nostro paese un comportamento in larga misura necessitato, reso cioè obbligato dalla soluzione che si ritenne di adottare per risolvere la particolare situazione economica che si determinò, tra il 1920 e il 1929, in conseguenza della crisi di conversione post – bellica che colpì le principali imprese industriali e coinvolse anche le banche che possedevano partecipazioni di controllo di dette industrie (...), e, in un secondo tempo, e cioè dal 1930 in poi, a seguito della grande crisi mondiale, che investì tutta l’industria nazionale e conseguentemente le maggiori banche: Banca commerciale, Credito Italiano e Banco di Roma». Sul punto, sempre Rossi, *op. ult. cit.*, 2.

Per quel che attiene alla ragione della scelta del modello “società per azioni”, si rileva che optare per una formula siffatta trovò fondamento nell’esigenza di «assicurare alla propria gestione (delle imprese) maggiore snellezza di forma e nuove possibilità realizzatrici». Così ancora Rossi, *op. ult. cit.*, 2.

13. Le principali evoluzioni normative sul tema sono state le seguenti: L. 22 dicembre 1956 n. 1589; d.p.r. 7 maggio 1958 nn. 574, 575 576; L. 29 luglio 1957 n. 634; d. p. r. 14 giugno 1967 n. 554; L. 22 marzo 1971 n. 184; L. 6 ottobre 1971 n. 853; L. 12 agosto 1977 n. 675. Per quanto riguarda le novità legislative meno risalenti: L. 8 giugno 1990 n. 142, che postula la possibilità per gli enti pubblici di affidare a società a prevalente partecipazione pubblicistica la gestione di servizi pubblici locali; L. n. 498/1992; L. n. 95/1995; d. p.r., 533/1996; L. n. 127/1997; d. lgs. n. 80/1998; d. lgs. 18 agosto 2000 n. 267, e successive modifiche. Da ultimo, L. 148/2011 e d. l. 1/2012.

Uno sguardo diacronico al «sistema degli enti pubblici» (e al suo dispiegarsi lungo una «amministrazione parallela» a quella statuale) conduce, dal punto di vista diacronico, a suddividere la storia evolutiva della nozione stessa di “ente pubblico” in *tre fasi*, che, per mezzo delle peculiarità che ad esse afferiscono, consentono di addivenire ad una maggiore consapevolezza dell’attuale assetto del sistema in sé.

Orbene, la prima fase, che va dall’inizio del Novecento agli anni Trenta, vede l’istituzione di alcuni enti «per gestire un servizio pubblico o un’attività di interesse collettivo con tecniche imprenditoriali», mentre la seconda – che si colloca dagli anni Trenta alla Seconda Guerra Mondiale – registra una ingente crescita degli stessi, dovuta «all’esigenza del regime fascista di evitare la burocrazia statale formatasi nello stato liberale, avvalendosi invece di corpi professionali appositamente selezionati», per culminare, poi, nell’ultima fase – quella repubblicana – che vede una singolare moltiplicazione degli enti pubblici, per i motivi più disparati: dalle esigenze di provvista finanziaria per le politiche di programmazione e sviluppo, all’adozione di misure di nazionalizzazione, al rafforzamento dell’autonomia di imprese pubbliche e ai disegni di progressiva tecnicizzazione della disciplina dei mercati sensibili.

Tale proliferazione ha – com’era, del resto, prevedibile – generato l’esigenza di misure di «riordino e riassetto», che hanno condotto a risultati differenti, con differenti metodologie.

società di capitali come forme di gestione dei servizi pubblici locali.

Procedendo per gradi, partiamo col dire che, quando si discorre di “società a partecipazione pubblica”, si fa riferimento ad una tipologia assai disomogenea e, perlopiù, insuscettibile di essere incanalata in una categoria davvero unitaria¹⁴.

Bisogna, difatti, ritenere rientranti nel *genus* una straordinaria varietà di forme, il cui unico elemento comune è il tratto peculiare della presenza di un ente pubblico nell’azionariato.

Già dal punto di vista definitorio, quindi – e prima ancora di venire ai profili inerenti alla natura giuridica ed al relativo statuto dogmatico – si evidenzia quella che è una “eccentricità” connaturata al modello: una sorta di frammentazione di forme – ed impossibilità di *reductio ad unum* – la quale genera quel “nomadismo interpretativo” che, da sempre, le ha caratterizzate, impedendone un’esegesi omogenea, e la (conseguente) risoluzione dei problemi connessi alla disciplina applicabile¹⁵.

In quest’ottica, allora, può comprendersi quella che è la *ratio* dei processi di *privatizzazione*, *esternalizzazione*, *razionalizzazione*, *ristrutturazione*, *personificazione* degli enti pubblici, ed è, difatti, in un tale contesto sistematico che si colloca l’ascesa della figura tipologica delle *società di capitali a partecipazione pubblica* (compagini societarie, cioè, partecipate dallo Stato o da altri enti pubblici in misura minoritaria, maggioritaria o totalitaria) nella gestione dei servizi.

E, in questo quadro contestuale, non può, quindi, certamente dirsi sussistente (almeno da un punto di vista “formalistico”) l’antica contrapposizione tra enti pubblici e società per azioni, dal momento che le seconde tendono ad esercitare, per grandi linee, attività che sarebbero (tradizionalmente) appannaggio dei primi: motivo, questo, che ha legittimato la nota affermazione di Giorgio Oppo, secondo cui occorrerebbe classificare la relativa disciplina non più come “diritto delle società per azioni”, ma come “diritto azionario”.

Un dato, a questo punto, sembra emergere in maniera piuttosto evidente.

L’interesse pubblico, cioè, abbandona la sede sua propria, per dislocarsi in “luoghi” diversi.

Sul punto: NAPOLITANO, *Enti Pubblici* (Voce), in *Dizionario di Diritto Pubblico*, diretto da S. CASSESE, cit., 2223, ove si sottolinea, a proposito dei caratteri connotativi degli enti pubblici, che «con il termine ente pubblico si indica convenzionalmente una persona giuridica pubblica, che persegue fini rilevanti per l’ordinamento giuridico statale, sulla base di una missione affidata direttamente dalla legge ed eventualmente concretizzata con successivi atti amministrativi. Di norma, un ente pubblico può essere istituito soltanto per legge; ed è la stessa legge ad esplicitare quando il soggetto in questione ha personalità giuridica di diritto pubblico». Quando, invece, la legge nulla dispone in merito, intervengono gli “indici sintomatici” elaborati dalla giurisprudenza. Il tema – che funge da *prius* logico al prosieguo della trattazione – può essere riassunto, in vista di una celere sintesi ricognitiva, nel seguente interrogativo: «quando può un ente definirsi pubblico?», o, più tecnicamente: «esiste una semiologia connotativa ascrivibile al concetto di ente pubblico?»: dalla risposta al quesito dipende l’orientamento e l’eventuale riduzione (nel senso di una piegatura verso uno specifico campo di significanze) della polivalenza semantica che ha sempre contraddistinto la nozione; e, se tale avversità definitoria è storia nota, per supplire alle ingentissime difficoltà descrittive, la giurisprudenza ha coniato, nel tempo, alcuni indici sintomatici che, laddove integrati, contribuiscono a delinearne il carattere pubblicistico: dall’istituzione da parte dello Stato, al perseguimento di interessi generali, unitamente al finanziamento, alla nomina degli amministratori e al controllo da parte dello Stato o di altro soggetto pubblico, ed alla “necessarietà” dell’ente, nel senso dell’impossibilità di autoscioglimento.

Per una panoramica di più ampio respiro, si vedano, sul punto: IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, Laterza, 2003, 145 ss., ove si crea una distinzione tra “il diritto di ieri” e il “diritto di oggi” [i caratteri rinvenibili nel c. d. “diritto di ieri” e del tutto assenti nel “diritto di oggi” sono i seguenti: a) negazione della neutralità dell’economia; b) individuazione dei luoghi dell’interesse pubblico; c) duplicità del “volto” statale; d) rottura del diritto privato comune ed eterogeneità dei soggetti economici; e) dimensione verticale dell’iniziativa economica privata.]; OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Atti Accademia Nazionale dei Lincei*, 1993, 179; GUARNIERI, *Battaglie economiche fra le due guerre*, Bologna, 1988, 405 ss.

14. Dal punto di vista dell’inquadramento sistematico e definitorio, la nozione dischiude orizzonti interpretativi plurimi, che problematizzano fortemente l’approccio al tema.

Anzitutto – come specificazione preliminare –, va detto che le società miste costituiscono un’articolazione della macrocategoria “società pubblica”, frantumata, oggi, in varianti tipologiche assai numerose. «Già dal punto di vista definitorio, come noto, la categoria delle “società pubbliche” risulta tanto eterogenea e problematica da rendere difficile e necessariamente sommaria una tematizzazione unitaria da parte della dottrina specializzata». I profili di problematicità non si avvertono, però, solo in relazione al versante definitorio, ma anche (e soprattutto) dal punto di vista della disciplina applicabile, dal momento che l’unico elemento trasversale ai “tipi” societari di cui si discorre «deriverebbe dalla presenza di un ente pubblico (primario o derivato) nel capitale sociale, e semmai dalla conseguente influenza sull’attività svolta dalla società l’interesse pubblico, in quanto tale interesse rappresenta un fine estraneo alla causa contrattuale» (in questo senso: ASQUINI, *I battelli del Reno*, in *Riv. soc.*, 1958, 43; ID., *Sulla legittimità costituzionale e sull’interpretazione dell’art. 3 della legge 22 dicembre 1956, n. 1589*, in *Riv. dir. comm.*, 1957, I, 85; LIBONATI, *Holding and investment trust*, Milano, 1964; ROVERSI MONACO, *Gli enti di gestione*, Milano, 1967); dall’altro, la dottrina pubblicistica – più incline alla valorizzazione di una reale compenetrazione nella formula societaria dell’interesse pubblico – ha sostenuto, per converso, l’inquadramento di quest’ultimo come componente particolaristica dell’interesse sociale, con la naturale conseguenza che lo scopo di lucro sarebbe comunque perseguibile, ma solo nella misura in cui non confligga, appunto, con l’interesse pubblico (In questo senso, CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Milano, 1962; D’ALBERGO, *Le partecipazioni statali*, Milano, 1960; FERRI, *Le società*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1971, 300).

15. Storicamente, la regolamentazione dei rapporti tra il socio pubblico e il contratto sociale (o, più propriamente: *dei rapporti tra l’interesse pubblico e la finalità lucrativa*, immanente al contratto di società) ha visto contrapporsi almeno due diversi orientamenti. Da un lato, difatti, la dottrina commercialistica più longeva ha tendenzialmente negato la qualificazione in termini di ente pubblico di una S. P. A. a partecipazione mista, sulla scorta del rilievo secondo cui la P. A. «allorché assume la veste di socio, non può perseguire nell’ambito della società l’interesse pubblico, in quanto tale interesse rappresenta un fine estraneo alla causa contrattuale» (in questo senso: ASQUINI, *I battelli del Reno*, in *Riv. soc.*, 1958, 43; ID., *Sulla legittimità costituzionale e sull’interpretazione dell’art. 3 della legge 22 dicembre 1956, n. 1589*, in *Riv. dir. comm.*, 1957, I, 85; LIBONATI, *Holding and investment trust*, Milano, 1964; ROVERSI MONACO, *Gli enti di gestione*, Milano, 1967); dall’altro, la dottrina pubblicistica – più incline alla valorizzazione di una reale compenetrazione nella formula societaria dell’interesse pubblico – ha sostenuto, per converso, l’inquadramento di quest’ultimo come componente particolaristica dell’interesse sociale, con la naturale conseguenza che lo scopo di lucro sarebbe comunque perseguibile, ma solo nella misura in cui non confligga, appunto, con l’interesse pubblico (In questo senso, CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Milano, 1962; D’ALBERGO, *Le partecipazioni statali*, Milano, 1960; FERRI, *Le società*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1971, 300).

Molto semplificando, si può dire, poi, che la dibattuta natura giuridica di siffatte società è stata argomentata in maniera differente dalla dottrina e dalla giurisprudenza e che, anche in seno a quest'ultima, il conflitto non è stato univocamente risolto.

Procedendo per grandi linee, le tesi che propendono per un inquadramento in termini di enti privatistici si radicano (parafrasando gli orientamenti inaugurati dalla già citata dottrina commercialistica degli anni Sessanta¹⁶) ancora prevalentemente sul *pro-filo causale* (*id est*: sulla causa contrattuale) e, dunque, sull'irriducibilità del contrasto tra natura pubblicistica e scopo di lucro, previsto come elemento costitutivo del contratto di società (in modo suggestivo, taluna dottrina discorre, difatti, di "contrasto ontologico"¹⁷ immanente a questo genere di società); per converso, le tesi pubblicistiche tendono a classificare le società a partecipazione pubblica come costituenti «un'articolazione organizzativa» dell'ente pubblico stesso (tale assunto, del resto, non sarebbe, secondo quest'impostazione, contraddetto dal fine lucrativo¹⁸), e – in una tale prospettiva – la formula societaria avrebbe «valenza neutrale» rispetto alla natura dell'ente, dovendosi privilegiare indici valorizzativi degli scopi perseguiti, con specifico riferimento alla c. d. *strumentalità pubblica*¹⁹.

Gli snodi argomentativi su cui si fondano queste ultime tesi sono fondamentalmente tre: in primo luogo, la neutralizzazione dello scopo di lucro e la riduzione della società a mero schema organizzatorio (tesi rafforzata dalla mancata previsione, quale causa di nullità del contratto, della carenza dello scopo di lucro stesso); in secondo luogo (e di conseguenza) la prevalenza dell'interesse pubblico su quello lucrativo; infine, la «destinazione funzionale»²⁰ della società.

E, se si provasse ad effettuare una valutazione, per così dire, "statistica"²¹, si osserverebbe che le pronunce della giurisprudenza civile prediligono una classificazione più incline ad enfatizzare le peculiarità strutturali, a carattere negoziale, dell'ente²² (propendendo, dunque, per un inquadramento in termini di organismi di diritto privato), mentre la giurisprudenza penale giunge ad approdi ermeneutici di segno contrario, che

All'interno di questo filone ermeneutico, poi, si sono nel tempo distinte talune sottotesi che, pur in linea con gli approdi della dottrina di diritto pubblico, postulavano percorsi risolutivi differenti.

Secondo un primo orientamento, infatti, la finalità pubblicistica – essendo comunque definibile come interesse particolare del socio pubblico – potrebbe «tuttavia imporsi alla società ogni qual volta possa trarsi da una norma, anche in via indiretta, la volontà del legislatore di imporre tale soluzione».

Da altra prospettiva, invece, si offre una modulazione differente della questione.

L'interesse pubblico, cioè, penetra nell'interesse sociale, legittimandone un'interpretazione flessibile, nel senso che esso (l'interesse sociale, appunto) non può più intendersi esclusivamente come finalità comune che tende al perseguimento del maggior lucro possibile, ma come piattaforma di incontro tra scopi plurimi, tra cui il soddisfacimento dell'interesse pubblico stesso. In questi termini, COTTINO, *Partecipazione pubblica all'impresa privata ed interesse sociale*, in *Arch. Giur.*, 1965; ID., *Diritto commerciale*, I, Padova, 1976; SANTINI, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.* 1973, I, 150; Rossi, *Impresa pubblica e riforma delle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1971, 292.

Taluna dottrina ha descritto, infatti, il fenomeno della partecipazione pubblica nella compagine societaria come conseguenza dell'«appannamento» – o, se si voglia, del *tramonto* – «dello scopo di lucro» nelle società di capitali. *Infra*, nota 18.

16. Si veda nota 15.

17. In questo senso GOISIS, *Società a partecipazione pubblica* (Voce), in *Dizionario di diritto pubblico*, cit.

18. Discorre di "tramonto" dello scopo di lucro SANTINI, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, cit.; di "appannamento" GALGANO, *Società per azioni*, III, Bologna, 1976, 159 (Cfr. SANTINI, *op. ult. cit.*).

19. Vedasi, sul tema, il punto n. 8 della sentenza di cui si argomenta, ove si afferma che «alla formula societaria viene riconosciuta valenza neutrale rispetto alla determinazione della natura giuridica del singolo soggetto, rilevando, a tal fine, le finalità che con esso si intendono perseguire, e più in particolare la c.d. strumentalità pubblicistica e il conseguente assoggettamento ad una disciplina derogatoria rispetto a quella dettata per il modello societario tradizionale».

20. Goisis, *Società a partecipazione pubblica* (Voce), in *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 5601.

21. A fronte di impostazioni che prediligono la natura pubblicistica, sono, tuttavia, ravvisabili tendenze dogmatiche che postulano, all'interno della stessa giurisprudenza penalistica, esiti argomentativi differenti, facendo leva sulle peculiarità di tale modello societario, che «sembra discostarsi da quello privatistico puro»: l'alternanza di pronunce che enfatizzano il dato formale della veste societaria, con impostazioni di tipo antipodico, inclini, invece, alla valorizzazione dei profili sostanzialistico – funzionali dell'attività svolta, produce un andamento ondivago, che non consente di ridurre il potenziale contrasto tra lo scopo di lucro e il perseguimento di un interesse che possa qualificarsi come pubblico. La plurivocità di orientamenti – a più livelli comunque individuabili, e che fanno, peraltro, leva su argomentazioni assolutamente non trascurabili – è, però, un dato inconfutabile. Ancorché, dunque, vi possa essere un indirizzo giurisprudenziale che prevale sull'altro, le incongruenze sistematiche sono (e restano) assai copiose, con conseguenti ricadute di disciplina (concettualmente diseguale) a fronte di violazioni più o meno assimilabili.

22. Si veda, ad esempio, Cass. civ., SS. UU., n. 7799/2005, in *Dir. Giust.*, 2005, n. 21, 28 ss.

conducono ad una nozione di *società mista* più prossima alle caratteristiche proprie degli enti pubblici: essa tende, cioè – così come, del resto, quella amministrativa²³ – ad una soluzione volta ad attribuire rilievo al profilo sostanziale dell'attività svolta, a scapito della «particolare configurazione» delle società miste «sul piano strutturale e di disciplina²⁴».

3

PRIME CONSIDERAZIONI DI SINTESI

Proviamo, ora, a formulare, sulla base di quanto affermato nei paragrafi precedenti, qualche breve considerazione di sintesi sulle due principali questioni attorno alle quali si edifica l'impianto argomentativo della sentenza in commento: l'idoneità del concetto di "organismo di diritto pubblico" a fungere da parametro interpretativo dell'art. 640 co. 2 n. 1) c. p.; l'efficienza esplicativa riferibile alla teoria dell'organo indiretto.

3.1

PRIMA QUESTIONE. PUÒ LA NOZIONE DI "ORGANISMO DI DIRITTO PUBBLICO" ESSERE UTILIZZATA COME CHIAVE DI LETTURA DELL'ART. 640 CO. 2 N. 1) C. P.?

Per introdurci alla disamina della prima questione, è necessario richiamare sinteticamente il contenuto della nozione di "organismo di diritto pubblico". Essa designa, testualmente, quel tipo di enti: a) «istituiti per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale»; b) «dotati di personalità giuridica»; c) «la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi, o il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico²⁵».

Com'è evidente, dunque, il concetto comunitario s'innesta su una piattaforma ermeneutica composita, frammista di singolari interconnessioni tra il criterio teleologico (riferimento alle *esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale*), il criterio soggettivo in senso forte (*finanziamento maggioritario da parte dello Stato o di altro ente pubblico*) e quello – antitetico – di natura oggettiva²⁶.

23. Tra le altre, Cons. St., sez. VI, n. 498/1995, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1995, 1135, con nota di CASSESE, *Gli enti privatizzati come società di diritto speciale: il Consiglio di Stato scopre il diritto naturale*.

Sulla stessa linea teorica, il Consiglio di Stato ha affermato che «dai principi comunitari e dalle scelte del legislatore nazionale discende che ai fini dell'identificazione della natura pubblica di un soggetto, la forma societaria ha carattere neutro. Ne discende che, in caso di S. p. a. a partecipazione pubblica quasi totale, siamo al cospetto dell'articolazione organizzativa di un ente pubblico, senza che il perseguimento di uno scopo pubblico possa essere contraddetto dal fine lucrativo». Cons. St., sez. IV, n. 1885/2000. Nello stesso senso, Cons. St. n. 1206/2011, così come Cons. St., sez. VI, n. 1303/2002, ove si sottolinea che «è possibile riconoscere alle società per azioni, qualora ricorrano determinate condizioni, natura di ente pubblico. A conforto della tesi possibilistica vi è, del resto, un preciso e attuale dato normativo: si fa riferimento all'art. 18 L. fin. 22 dicembre 1984, n. 887, che, nel prevedere la costituzione della *Age Control S. p. a.*, espressamente l'ha definita S. p. a. con personalità giuridica di diritto pubblico». Di conseguenza, si argomenta nel senso di ritenere la «astratta compatibilità tra struttura societaria e natura pubblica dell'ente». Così Cons. St., sez. VI, n. 1303/2002, *cit.*

24. Così DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, Milano, 2008, 128 ss.

25. Vedasi, a tal proposito, l'art. 3 comma 26 del d. lgs. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici), che recepisce le direttive recanti disposizioni sul tema.

26. Preme, quindi, esaminare (brevemente, e per quanto possibile in questa sede) l'accezione secondo la quale vadano intesi i requisiti sopra enucleati, al fine di permettere una compiuta acquisizione di significato relativamente al concetto di "organismo di diritto pubblico".

Partiamo, quindi, col dire che l'elemento più controverso – e che, sul piano interpretativo, ha creato le incertezze maggiori – è il primo.

E' stato necessario, infatti, al fine di chiarirne la portata, un costante lavoro della Corte di Lussemburgo, che ha consentito, attraverso la sedimentazione dei vari principi di diritto enucleati nelle diverse pronunce, di "costruire" un quadro di condizioni in presenza delle quali il requisito risulta integrato.

Fermo restando che i tre elementi devono sussistere cumulativamente (di tal che, in assenza anche di uno solo di essi, un organismo non potrà essere considerato di diritto pubblico), va rilevato quanto segue.

Anzitutto, l'area di significanza della locuzione "bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale" si estende anche a quei bisogni che potrebbero essere parimenti soddisfatti da imprese private.

In secondo luogo, la "generalità" va considerata come riferibilità dell'interesse ad un ingente numero di persone (*id est*: alla collettività, latamente intesa).

Va, poi, precisato che il carattere "non industriale o commerciale" non viene meno allorché l'attività posta in essere abbia rilevanza economica, né contrasta col fatto che l'ente svolga – oltre al soddisfacimento di interessi non industriali o commerciali – attività ulteriori, che non integrino il requisito; a riprova di ciò, infatti, per considerare realizzata tale condizione, non è necessario che l'ente sia stato istituito con la primaria finalità di soddisfare un interesse pubblico, ma è sufficiente che tale soddisfacimento intervenga quale conseguenza accessoria, naturalmente correlata agli scopi principali.

Infine, l'inserimento in un mercato concorrenziale rappresenta, secondo principi ormai tralati nella giurisprudenza di Lussemburgo, una circostanza di "sbarramento" per l'inquadramento dell'ente come organismo di diritto pubblico.

Ciò premesso, proviamo a vagliare l'idoneità della nozione a fungere da chiave di lettura della fattispecie aggravata in esame.

Partiamo, anzitutto, con un rilievo preliminare, che servirà a dare avvio al prosieguo dell'argomentazione: scarsamente esplicativa ci appare l'operazione sillogistica – di cui si è detto²⁷ – che inquadra la formula societaria come significativa, *de plano*, della presenza di un fine lucrativo, laddove, invece, la dottrina di settore più risalente aveva già discorso di «tramonto» dello scopo di lucro nelle società di capitali, o di suo «appannamento»²⁸.

Essa si fonda, difatti, su un assunto tipicamente formalistico e assolutamente controvertibile: dedurre, in via del tutto automatica, la natura dello scopo dalla forma organizzativa significa incorrere in una duplice aporia: di natura normativa, prima; e di natura pratica, poi.

La concezione sostanziale di pubblica amministrazione – di concerto col dato positivo di cui all'art. 1 comma 1 *bis* L. 241/ 1990 – postula che la P. A. possa, senza mutare veste, agire *iure privatorum*: l'operazione formalistico – deduttiva che inferisce la natura privatistica dalla mera organizzazione in forma societaria risulta essere, allora, difficilmente attendibile e facilmente opinabile, dal momento che l'uso dello strumento negoziale (contratto di società *ex art.* 2247 c. c.) rappresenta una delle modalità attraverso cui l'azione amministrativa può dispiegarsi.

In secondo luogo, questo tipo d'impostazione entra in rotta di collisione (perché, in buona sostanza, ne fornisce una visione assolutamente semplicistica) con la realtà – invece, assai complessa – delle forme di gestione del servizio pubblico²⁹.

Questi, dunque, i principali vettori ermeneutici attraverso i quali il primo requisito viene normalmente “decifrato”; per quanto attiene, invece, agli altri due, non si pongono particolari problemi interpretativi.

Va, però, precisato che, in relazione alla personalità giuridica, l'esegesi fornita dalla Corte di Giustizia muove nel senso di ritenere indifferente la circostanza che si tratti di personalità giuridica pubblica o privata, con la conseguenza che anche gli enti costituiti in forma societaria potrebbero rientrare nel perimetro della nozione. Sul concetto di “organismo di diritto pubblico”: SORACE, *L'ente pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1992, 357; LIBERTINI, *Organismo di diritto pubblico, rischio d'impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, in *Contratto e impresa*, 2008, 1201; CHITI, *Organismo di diritto pubblico* (Voce), in *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 4014; ID., *Gli organismi di diritto pubblico tra Consiglio di Stato e Corte di Giustizia*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 209; MAMELI, *L'organismo di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2003; ID., *Le S.p.a. a prevalente capitale pubblico e la categoria comunitaria dell'organismo di diritto pubblico: la Corte di Giustizia risolve i nodi interpretativi* (nota a C. Giust. Ce, 10 novembre 1998 C – 360/96), in *Giur. It.*, 1999, 394; MARRAMA, *Contributo sull'interpretazione della nozione di “organismo di diritto pubblico”*, in *Dir. amm.* 2000, 585; GRECO, *Ente pubblico, impresa pubblica e organismo di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1995, 1284; SANDULLI – DE NICTOLIS – GAROFOLI, *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2008, 3155.

27. *Supra*, § 1. 2.

28. *Supra*, § 2 (note 15 e 18). E' innegabile la qualificazione dello scopo di lucro quale causa del contratto di società *ex art.* 2247 c. c. La “fissità” di quella previsione, tuttavia, viene messa in crisi dall'evoluzione fenomenologica in ordine alle sempre più frequenti ipotesi di partenariato pubblico – privato. La perdita di centralità dello scopo di lucro viene, peraltro, sottolineata dalla circostanza secondo cui la carenza dello stesso non è annoverata tra le cause d'invalidità contrattuale.

29. Sul tema, si vedano: REDANÒ, *Servizio pubblico* (Voce), in D'AMELIO (a cura di), *Nuovo Digesto italiano*, Torino, 1940, XVIII, 231 – 234; NAPOLITANO, *Servizi pubblici* (Voce), in *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 5517; ID., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; ID., *Regole del mercato e servizi pubblici*, Bologna, 2005; MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, cit.; VILLATA, *Pubblica amministrazione e servizi pubblici*, in *Dir. amm.*, 2003, 493; ID., *Pubblici servizi. Discussione e problemi*, Milano, Giuffrè, 2008; PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005; ID., *Servizi pubblici locali* (Voce), in *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 5527; PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei servizi pubblici*, Padova, 2001; FRESA, *Servizio pubblico* (Voce), in *Diz. dir. amm.*, a cura di GUARINO, Milano, 1983, 1343; SORACE, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Riv. it. dir. comunit.*, 1997, 51; DI GASPARÉ, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Padova, 2010; LONGHI, *La disciplina dei servizi pubblici locali dopo la L. 148 del 2011 (c. d. “decreto di Ferragosto”) ed il d. l. n. 1 del 2012*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, cit.; TERRACCIANO, *La natura giuridica delle società a partecipazione pubblica e dei consorzi per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Foro amm. Tar*, cit.; VAIRA, *La gestione dei servizi pubblici tra in house providing e affidamenti diretti a società miste: ancora incertezze sulle rispettive condizioni di legittimità* (commento a Cons. St., Ad. Plen. 3 marzo 2008, n. 1), cit.; MATTIA – PAOLINI, *Società miste e affidamento diretto di servizi pubblici*, in *Sudi e materiali*, 2/2008, cit.; BERCELLI, *Sulle società miste e le società in house degli enti locali*, in *Urb. app.*, 6/2005, cit.; SCOCA, *Il punto sulle c. d. società pubbliche*, in *Il diritto dell'economia*, 2/2005, cit.; MAIORANI, *La gestione dei servizi pubblici locali mediante le società miste: la natura giuridica del soggetto e il problema dell'“affidamento in house”*, in *Diritto e formazione* 2/2004, cit.; BERLUCCHI, *Rilevanza della partecipazione dell'ente locale e indirizzi di gestione nella società per azioni mista: prime considerazioni*, in *Giust. civ.*, 4/2002, cit.

Una tematica assai controversa relativa proprio all'estensione del concetto di “servizio pubblico” riguarda i cc. dd. “settori speciali”. Non è questa la sede per approfondire tale tematica, ma ci preme segnalare la assoluta rilevanza. Sul punto, nello specifico, si vedano: SANDULLI – DE NICTOLIS – GAROFOLI, in *Trattato sui contratti pubblici*, cit., 3132 ss.; CARULLO – IUDICA, *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Padova, 2009 113 ss.; MANES, *Servizi pubblici e diritto penale*, cit., 238 ss.; FRANCO, *Trasparenza e pubblicità nelle gare di appalto con il criterio dell'offerta più vantaggiosa*, in *Urb. app.*, 2/ 2009, 137 ss. Sulla portata del principio di pubblicità, si vedano: CIERVO, *I contratti di rilevanza comunitaria*, in SANDULLI – DE NICTOLIS

Orbene, ragionando in una dimensione *de iure condito*, le alternative realmente possibili ci sembrano essere *due*: o si segue un criterio *formale* e valorizzativo della *littera legis* nell'individuazione dello spettro applicativo dell'aggravante (con gli effetti di dissimmetria prima indicati³⁰); o, preferibilmente, si sceglie di optare per un criterio *sostanziale*, che tenti un'interpretazione evolutiva della previsione normativa, e che giunga, quindi, a postularne l'estensione a tutti quegli enti che, pur presentandosi nella forma di società commerciali, svolgano nondimeno funzioni pubblicistiche: operazione, questa, che potrebbe – perché no – essere svolta utilizzando come parametro descrittivo proprio la nozione di “organismo di diritto pubblico”: il concetto comunitario, difatti, fungendo – come già accennato – da “compromesso” tra le logiche soggettivistiche e quelle improntate al criterio oggettivo, non contraddirebbe la lettera della legge, ma, semplicemente, ne fornirebbe un'esegesi più vicina alla finalità sua propria, evitando, tra l'altro, un incontrollabile straripamento della prassi.

In questo modo, non si eccederebbero, da un lato, i confini “criteriologici” fissati dal legislatore (circostanza che, certamente, si verificherebbe se si adottasse un criterio squisitamente oggettivo, o funzionale – oggettivo), e, dall'altro, si mitigherebbero le disparità di trattamento più vistose (disparità che potrebbero neutralizzarsi in radice mediante un'evoluzione normativa sul tema).

Ci si potrebbe domandare – certo – fino a che punto tale lettura sia compatibile con il limite dell'interpretazione conforme produttiva di effetti *in malam partem*³¹.

L'ipotesi è, evidentemente, quella dell'integrazione di un elemento normativo di fattispecie operata da una fonte comunitaria.

Il problema e la sua eventuale soluzione potrebbero analizzarsi mediante i parametri interni che normalmente regolano il rapporto legge/ fonte subordinata. Sarebbe utile, allora, chiedersi se al concetto di “organismo di diritto pubblico” sia da riconoscersi capacità integratrice del precetto (poiché, ragionevolmente, solo in questo caso avrebbe senso l'operatività del limite), oppure no. Orbene, che la disposizione utilizzata concorra davvero alla descrizione della fattispecie tipica e sia in grado di “approfondirne” il significato di disvalore non è affatto pacifico. Più verosimilmente, essa si limita ad una funzione di specificazione, in senso meramente tecnico³².

Se, dunque, un esito ampliativo della fattispecie risulta incerto, un altro dato sembra essere indubbio: il coefficiente di tassatività e determinatezza riferibile all'ipotesi normativa in questione risulta, a seguito dell'eterointegrazione, decisamente potenziato: circostanza, questa, non trascurabile, e tale da poter incentivare – almeno per il momento – l'utilizzo della nozione comunitaria come chiave di lettura della norma interna.

Laddove, però, un'interpretazione con esiti *in malam partem* dovesse effettivamente, poi, ravvisarsi, resterebbe sempre fermo il divieto di retroattività del mutamento giurisprudenziale più sfavorevole³³.

– GAROFOLI, *Trattato*, cit., VIII, 534; GAROFOLI – FERRARI (a cura di) *Il nuovo regolamento degli appalti pubblici*, Roma, 2011, I, 481; GIOVAGNOLI (a cura di), *Il nuovo regolamento sui contratti pubblici*, Milano, 2011; CARINGELLA – PROTO (a cura di), *Codice e regolamento dei contratti pubblici*, Roma, 2011; DE NICTOLIS, *Il nuovo regolamento dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2/2011, 136 ss.

Per quanto attiene alla giurisprudenza: Ad. Plen., 28 luglio 2011, n. 13, in *Foro amm.* Cds 2011, 7 – 8, 2305; anche in *Foro It.*, 2012, I, III, 12 con nota di D'ANGELO; così come in *Guida al Diritto*, 2011, 36 98, con commento di MEZZACAPO, *Una fase essenziale per l'esito della procedura da presidiare a tutela di interessi privati*; ancora, in *Urb. app.*, n. 11/2011, 1314, con commento di VALLETTI; Cons. St. Sez. V, 10 novembre 2010, n. 8006, in *Foro amm.* Cds., 2010, 1259; Cons. St., Sez. V, 17 settembre 2010, n. 6939, id., 1868; Cons. St., Sez. V, 11 febbraio 2005, n. 388, in *Foro It.*, rep. 2005, voce *Contratti della P. A.*, n. 348. Sul punto, vedasi, più ampiamente, *Le conseguenze delle Adunanze Plenarie 13/11 e 31/12: un falso caso di overruling*, in *Urb. app.*, n. 4/2013, 417 ss., con commento di NICOTRA.

30. *Supra*, § 1. 2.

31. Sul punto, MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, 2012, 53 ss., e Id., *L'incidenza delle decisioni – quadro sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.*, n. 3/2006, 1150.

32. La tematica è certamente vasta e complessa. Non è possibile approfondirne, in questa sede, tutti i profili di criticità. Sul punto, ampiamente, MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., 52, nota 147.

33. Sempre MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit.

3.2

SECONDA QUESTIONE. SULLA CONDIVISIBILITÀ DELLA TEORIA DELL'ORGANO INDIRETTO. CRITICA

Venendo, invece, alla seconda problematica di cui si è detto, preme sottolineare che, a nostro sommo parere, il punto “debole” della pronuncia in commento risiede proprio nel tentativo di radicare la natura pubblicistica della società sul suo qualificarsi come “organo indiretto della P. A.”.

Per comprendere i profili di criticità di una siffatta elaborazione, proviamo a ripercorrerne sinteticamente la genesi.

Orbene, va anzitutto rilevato come la paternità della tesi³⁴ si debba alla sentenza n. 12221/1990³⁵, ove le Sezioni Unite civili affermarono la competenza del giudice amministrativo «a conoscere degli atti di una gara posta in essere da un concessionario privato³⁶». E ciò, per una ragione fondamentale: quest'ultimo, in buona sostanza, pone in essere la sua attività di concessionario perché «investito di poteri e facoltà propri dell'ente concedente», trasferiti in capo a lui attraverso il provvedimento di concessione: nel momento in cui procede ad attuare finalità riconducibili alla P. A., opera, cioè, in veste di suo «organo indiretto», esercitando una funzione definibile come amministrativa.

La tesi della Cassazione, tuttavia, non fu unanimemente accolta e, anzi, generò un certo scetticismo tra i commentatori.

Le critiche più aspre, invero, trovarono fondamento nell'assunto che postulava la natura privatistica del concessionario e l'assenza del trasferimento in capo a lui della funzione pubblica; in secondo luogo, la sentenza si prestava ad una certa “diffidenza” concettuale da parte di chi riteneva che la scelta dell'appaltatore fosse procedura di carattere neutro, e che si connotasse «in termini pubblicistici se svolta dall'amministrazione, in termini privatistici se svolta dal concessionario privato³⁷».

In definitiva, siffatta teoria consentì alla Cassazione di affermare la necessaria sottoposizione del soggetto privato (concessionario) alle norme «dell'evidenza pubblica, e riconoscere la competenza giurisdizionale del giudice degli interessi³⁸». Ma con una peculiarità metodologica.

Si trattò, cioè – almeno in prima battuta –, di una elaborazione volta a non avversare i dettami del legislatore sovranazionale in materia di appalti, ma attraverso una costruzione di enunciati intesa ad un utilizzo singolare e, se si voglia, arbitrario, di *quei* dettami. Una sorta di *escamotage* per conseguire, quindi, le finalità della sottoposizione alle procedure di evidenza pubblica, mediante un “adattamento” delle categorie autoctone, nel precipuo intento di evitare, così, una compiuta trasposizione delle nozioni comunitarie nell'ordinamento interno.

Il risultato fu un apparato categoriale in cui si avvertiva – certamente – l'eco del

34. Sul punto, si veda, ampiamente: ALPA – CARULLO – CLARIZIA (a cura di), *Le S.p.a. comunali e la gestione dei servizi pubblici*, Milano, 1998, 39 ss.; ANCORA, *Il concessionario come organo indiretto della pubblica amministrazione*, in *Giur. merito* 1990, III, 1128 ss.; AZZARITI, *L'attività del concessionario di opere pubbliche*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 384; ID., *La giurisdizione nelle controversie contro gli atti delle società concessionarie di opere pubbliche*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 526; ID., *Il limite soggettivo nella tutela nei confronti della p. a.*, in *Giur. costit.*, 1991, 2441 ss.; CANNADA BARTOLI, *In tema di gara del concessionario di costruzione*, in *Foro it.* 1991, III, 255 ss.; ID., *Degli atti di gara del concessionario di sola costruzione*, in *Foro amm.*, 1991, 929; CARINGELLA, *Il riparto di giurisdizione*, in CARINGELLA – GAROFOLI (a cura di), *Trattato di giustizia amministrativa*, I, Milano, Giuffrè, 2008, 651 ss.; CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 111 ss.; DE LISE, *Giurisdizione amministrativa e provvedimenti di soggetti privati*, in MORBIDELLI (a cura di), *Funzione ed oggetto della giurisdizione amministrativa – nuove e vecchie questioni*, Torino, Giappichelli, 2000, 61 ss.; GIACCHETTI, *Concessionario di opera pubblica e giurisdizione amministrativa*, in *Arch. giur. oo.pp.* 1991, 2394 ss.; GRECO, *Appalti di lavori affidati da s.p.a. in mano pubblica: un revirement giurisprudenziale non privo di qualche paradosso*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 1996, 1066 ss.; MAMELI, *L'organismo di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2003, 72 ss.; MARRAMA, *Natura giuridica degli atti del concessionario privato di sola costruzione*, in *Riv. giur. urbanistica*, 1991, 505 ss.; SATTA, *Concessioni di opere pubbliche e atti del concessionario*, in *Giur. it.*, 1991, I, 321; SCOCA, *La s.p.a. mista tra soggetto privato ed organismo pubblico*, in AA. VV., *Le società miste locali per la gestione dei servizi pubblici*, Napoli 1997; ID., *La concessione come forma di gestione dei servizi pubblici*, in ROVERSI MONACO, *Le concessioni di servizi*, 1988, 28 ss.; VOLPE, *Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione di nuovo sulla strada della teoria dell'organo indiretto, abbandono temporaneo o definitivo?*, in *Riv. trim. appalti* 1995, 215 ss.; SCOTTI – CAMUZZI, *Giurisdizione in materia di gare per appalti e privati concessionari della costruzione di opere pubbliche*, in *Contr. e impr.*, 1990, 470, ss.

35. Cass., SS. UU. civili, 29 dicembre 1990, n. 12221, in *Giur. it.*, 1992, I.

36. Sul punto, MAMELI, *L'organismo di diritto pubblico*, cit., 72 ss.

37. Vedasi CARINGELLA, *Il riparto di giurisdizione*, cit., ove pure si sottolinea che la teoria dell'organo indiretto era «stata sottoposta a revisione critica dopo l'entrata in vigore della l. Merloni», che aveva vietato la «concessione di committenza con cui vengono trasferiti al concessionario compiti e poteri propri della stazione appaltante, quali quelli di direzione dei lavori, espropriazioni, ecc.»; sul punto anche AZZARITI, *Il limite soggettivo*, cit., 2441 ss.

38. Sempre AZZARITI, *op. ult. cit.*

concetto europeo di “organismo di diritto pubblico”, ma non se ne postulava – almeno a livello di partizione tipologica – la “precettività” (nel senso della capacità “classificatoria” di *quel* concetto).

Attraverso un *iter* ricco di flessibilità interpretative plurime³⁹, si giunse, poi, ad affermare la valenza pubblicistica dell’attività del concessionario, prescindendo, stavolta, dalla natura del provvedimento di concessione: l’attenzione si spostò, cioè, dal fenomeno del “trasferimento dei poteri” (ritenuto immanente alla concessione stessa), alla funzionalizzazione degli atti del concessionario rispetto al soddisfacimento di un interesse pubblico (con la conseguente dilatazione del concetto di “soggetto pubblico”).

Orbene, se ciò è vero, e quale che sia il risultato esegetico rispetto alla qualificazione del concessionario, la teoria dell’organo indiretto appare, da un lato, *anacronistica* nell’attuale momento storico, sì da non poterne fruire quale parametro identificativo della natura di un soggetto (l’evoluzione ermeneutica relativa all’“organismo di diritto pubblico” non lascia, a nostro sommosso avviso, spazio per articolazioni ulteriori, a pena di inutili e sovrabbondanti tautologie: la nozione comunitaria, cioè, è in grado di ricomprendere al suo interno quelli che la giurisprudenza degli anni Novanta aveva definito “organi indiretti della P. A.”); dall’altro (già *ab origine*, e sempre a nostro sommosso parere) *non condivisibile*, perché fondata – in buona sostanza – su un’interpretazione estensiva degli effetti del provvedimento concessorio, inteso come traslativo di poteri pubblicistici. In realtà, la concessione è, rispetto al privato, sì traslativa (o, addirittura, costitutiva) di situazioni giuridiche e *status* di cui non era precedentemente titolare, ma, come Scola e Casetta sostengono, assolutamente iperbolica è la tesi del “trasferimento di poteri”: il soggetto pubblico, cioè, consente al privato stesso *l’esercizio* di quei poteri di cui egli (il soggetto pubblico, appunto) è (e resta) *titolare*⁴⁰. Nel momento in cui sia la

39. Per un’analisi dell’evoluzione della teoria, vedasi MAMELI, *L’organismo di diritto pubblico*, cit., 73 ss., ove si afferma che «Quando l’influenza del diritto comunitario degli appalti cominciò a farsi più pregnante, e si impose l’obbligo di adottare le procedure ad evidenza pubblica anche a soggetti non riconducibili nella nozione formale di pubblica amministrazione, né in quella di concessionario, quali le S.p.a. miste o i consorzi, la teoria dell’organo indiretto, che non è suscettibile di applicazioni estensive nei confronti di soggetti privati sprovvisti di un provvedimento traslativo assimilabile all’istituto concessorio, ricevette un’applicazione “a rovescio”». Orbene, tale applicazione “a rovescio” postulò che «da un atto di autonomia privata non può sorgere, in alcun modo, un ente pubblico o un organo di un ente pubblico, ma unicamente una figura di diritto privato», con la conseguenza che, laddove il privato sia configurabile come concessionario, i suoi atti hanno valenza pubblicistica; in carenza di siffatto provvedimento, la natura del soggetto è (e resta) privatistica. L’esito più clamoroso di questa teoria fu il caso *Siena parcheggi S. p. a.* (Cass. SS. UU. civ., 6 maggio 1995, n. 4989), ove si anticipò «l’assunto poi specificato nella giurisprudenza successiva secondo cui una eventuale qualificazione come amministrazione aggiudicatrice di alcuni soggetti di diritto interno, imposta dalle direttive comunitarie e recepita dal nostro legislatore, non può mutare in pubblica la natura privatistica di un soggetto, né può incidere sulla questione di giurisdizione (...)».

Diversamente da quanto affermato dalla Cassazione, invece, il Consiglio di Stato concentra l’attenzione sul profilo oggettivo dell’attività posta in essere (con un mutamento di prospettiva, quindi, rispetto alla giurisprudenza della Suprema Corte, che aveva condotto un tipo di ragionamento operante sul piano soggettivo), sulla scorta del rilievo secondo cui la disciplina comunitaria «si è emancipata dalla nozione formale di ente pubblico accolta nei singoli ordinamenti nazionali per accedere ad un concetto sostanziale di organismo di diritto pubblico (...)». Sul punto, sempre MAMELI, *L’organismo di diritto pubblico*, cit., 77. Il Consiglio di Stato, quindi, incardina la questione sulla “funzionalizzazione” degli atti posti in essere dal soggetto rispetto ad un interesse pubblico, ritenendo pressoché irrilevante lo schema organizzatorio prescelto. Si vedano, in questo senso: Cons. St., Sez. V, 21 ottobre 1991 n. 1250, con nota di CANNADA BARTOLI, *In tema di gara del concessionario di costruzione*, in *Giur. It.*, 1992, III, 256 ss.; Cons. St., Sez. VI, 21 aprile 1995 n. 353; Cons. St., Sez. VI, 20 maggio 1995 n. 498, in *Dir. proc. amm.*, 1996 147, con nota di POLICE, *Dai concessionari di opere pubbliche alle società per azioni di diritto speciale: problemi di giurisdizione*. Cfr. Cons. St., Sez. II, 19 giugno 1991 n. 570, in *Foro it.*, 1994, III, 66; Cons. St., Sez. VI, 28 ottobre 1998 n. 1478 e Cons. St., Sez. VI, 28 ottobre 1998 n. 1513, in *Urb. e app.*, 1999, 71 ss., con nota di E. CHITI, *Gli organismi di diritto pubblico tra Consiglio di Stato e Corte di Giustizia*. Per completezza di esposizione, va, poi, sottolineato come, a fronte della presa di posizione del Consiglio di Stato, anche la Cassazione abbia poi effettuato – ancorché con sporadiche pronunce in senso contrario – un *revirement*, affermando la giurisdizione esclusiva del G. A., in relazione alle controversie aventi ad oggetto le gare d’appalto bandite da azienda speciale e da ente pubblico economico, indipendentemente dalla presenza o meno del provvedimento di concessione.

In questo senso, si vedano, tra le altre, Cass. civ., n. 24/1999, n. 64/1999, n. 332/1999 e n. 393/1999.

40. Vedasi CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2010, 352 ss., ove si afferma, anzitutto, che il provvedimento concessorio ha «l’effetto di attribuire al destinatario status e situazioni giuridiche (diritti) che esulavano dalla sua sfera giuridica in quanto precedentemente egli non ne era titolare»; di seguito, si precisa che «Non è invece trasmissibile o suscettibile di essere costituito mediante atto il potere, sicché non è corretto affermare che l’amministrazione trasferisce un potere al privato: il soggetto pubblico può soltanto consentirne l’esercizio al concessionario». Vedasi, sul punto, anche SCOLA, *La concessione come forma di gestione dei servizi pubblici*, cit., 28, ove si afferma che, rispetto alla concessione «si fa riferimento non ad un tipo provvedimentale, ma ad una intera categoria di fattispecie differenti per oggetto, per contenuto e per effetto, caratterizzata unitariamente soltanto per il fatto che l’Amministrazione arricchisce di utilità la sfera giuridica del concessionario, o, secondo una diversa e più esatta interpretazione, costituisce o trasferisce nel patrimonio giuridico del concessionario nuovi status, nuove legittimazioni, nuove qualità o nuovi diritti.»; Cfr., MAMELI, *L’organismo di*

legge ad attribuire un potere al privato, si esula, difatti, dalla fattispecie concessoria⁴¹.

Provando, dunque, a tirare le fila del discorso, riteniamo che – laddove s'intenda propendere per la natura pubblicistica del concessionario⁴² – sia doveroso ancorare l'opzione ermeneutica non alla teoria dell'organo indiretto, bensì ad elementi ulteriori, quali – ad esempio, e come si è detto – la definizione comunitaria di “organismo di diritto pubblico”, ed i relativi corollari.

4

OGGETTIVISMO E SOGGETTIVISMO. DAVVERO RAGIONEVOLE UTILIZZARE CRITERI DIVERSI?

Veniamo, ora, ad un'altra questione di diritto cui l'impianto argomentativo della sentenza, in via deduttiva, rimanda.

Gli schemi societari a partecipazione mista possono, cioè, radicare – come, in effetti, radicano – problemi di diverso tipo: in primo luogo – e per ciò che attiene al profilo definitorio – resta *in fieri* (come già sottolineato) e privo di approdi definitivi il dibattito sulla loro *natura giuridica*; in secondo luogo, e conseguentemente, l'incertezza dell'inquadramento dogmatico del “tipo” genera problemi di *normativa applicabile*; infine (questione, questa, che dà luogo alle asimmetrie ermeneutiche più ingenti), il terzo problema attiene alle modalità di soluzione dei primi due: si tratta, cioè, di una forma tipologica che innesta conflitti di statuto disciplinare volta a volta affidati a *criteri risolutivi non omogenei: soggettivistici*, per quel che concerne l'area di applicabilità del decreto 231/2001⁴³ e l'ipotesi (che qui ci interessa) di cui all'art. 640 co. 2 n. 1 c.p.); *oggettivistici*, rispetto allo statuto penale della P. A.: criteri a cui si sostituiscono spesso, con tutto il loro carico di ambiguità, quelli *teleologici e/ o ontologici*⁴⁴.

E ciò, onde evitare che il tutto sconfini nell'anarchia interpretativa (e nella dispersione teleologica dei principali referenti di contenuto), richiederebbe la ricerca – almeno nei tratti generali – di “punti fermi” cui ancorare la costruzione di “corrispondenze” tra il modello e lo statuto disciplinare ad esso applicabile.

Orbene, questi eventuali approdi “razionalizzanti” – che avrebbero la funzione di produrre una (seppur infinitesimale) riduzione delle incongruenze sistematiche – potrebbero avere diverso contenuto.

Ragionando in una prospettiva, per così dire, “ideale”, ci permettiamo di ipotizzare

diritto pubblico, cit., 101 – 102, ove, invece, si afferma che «Nel diritto nazionale la concessione, come si è visto, è intesa come provvedimento traslativo capace di trasferire poteri pubblici dall'amministrazione al soggetto privato, il quale, proprio in virtù dell'esercizio di potestà autoritative, gestisce attività sottratte al libero mercato».

41. Sul punto, sempre, CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 352 ss., ove si adduce l'esempio dei poteri certificativi che la legge attribuisce direttamente al notaio: «in questo caso ricorre un'ipotesi di sostituzione».

42. Propende per l'inquadramento in termini privatistici CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 134, ove si sottolinea che non è corretto affermare «i concessionari o i gestori privati siano soggetti pubblici: essi, infatti, nascono con una vocazione differente rispetto a quella che connota gli enti pubblici istituiti o riconosciuti in relazione al perseguimento di interessi pubblici; non vi è piena coincidenza tra lo scopo del soggetto pubblico che ha assunto il servizio o ha previsto la realizzazione dell'opera e lo scopo del concessionario; questi resta privato in tutto e per tutto, dunque potendo ad esempio cessare l'attività e “disporre della propria esistenza”, anche se, in forza della concessione o dell'affidamento – e per la sola durata di questi – è tenuto a svolgere un servizio o a realizzare un'opera con le caratteristiche e secondo gli indirizzi determinati dall'ente pubblico concedente».

43. Sul punto, BERNASCONI – PRESUTTI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano, Giuffrè, 2013; ASSUMMA, *La responsabilità amministrativa degli enti: problemi e prospettive*, in *Rivista* 231, n. 3/2011, 7 ss.; TRESOLDI – LUNGARO, *L'applicazione del d. lgs. 231/2001 nel settore pubblico: opportunità normative e best practice*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, n. 1/2012, 19 ss.; FIDELBO, *Enti pubblici e responsabilità da reato*, in *Cass. pen.* 12/2012, 4079; CUGINI, *Le società miste al confine della responsabilità amministrativa da reato degli enti*, in *Cass. pen.* 5/2011, 1909; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, Milano, 2008; MANACORDA, *La responsabilità amministrativa delle società miste*, in *Resp. Amm. Soc.*, n. 1/2006, 153 ss.; ID., *Le nuove frontiere del decreto 231: l'attività economica pubblica*, in *Rivista* 231, n. 3/2011, 33 ss.; ID., *La responsabilità amministrativa delle società miste*, in *Rivista* 231 n. 1/2006, 153; DI GIOVINE, *Sanità e ambito applicativo della disciplina sulla responsabilità degli enti: alcune riflessioni sui confini tra pubblico e privato*, cit., 1889; speciale della rivista *Le Società*, Ipsoa, 2012, dal titolo *D. Lgs. 231: dieci anni di esperienze nella legislazione e nella prassi*, pp. 5 – 74, e, in particolare, il contributo di A. ROSSI, *I soggetti persone giuridiche: su quali enti vigila il D. Lgs. 231?*, *ivi*, 23 – 35.

Tra la giurisprudenza più recente, si veda anche la sentenza *Cass. pen.*, Sez. II, 11 gennaio 2011, n. 234, secondo cui il regime della responsabilità da reato delle persone giuridiche sarebbe applicabile anche alle società partecipate da un ente pubblico.

44. Esiste, difatti, un corposo filone giurisprudenziale che segna la «pervicace resistenza di criteri teleologici o ontologici, fondati sulla massima valorizzazione dell'interesse pubblico volta a volta ravvisato come finalità perseguita o come finalità “immanente”, e affermati soprattutto come strumento mediante il quale “nullificare”, sotto il profilo delle qualifiche penalistiche, la natura privatistica dell'ente societario volta a volta in rilievo – natura originaria ovvero, il più delle volte, sopravvenuta all'esito del processo di privatizzazione (in particolare, relativo a trasformazione di enti pubblici in società per azioni a partecipazione pubblica)». Così MANES, *Servizi pubblici e diritto penale*, cit., 95.

che il primo “punto fermo” potrebbe consistere nella negazione di capacità euristica esclusiva al profilo della titolarità formale e, dunque, alla presenza pubblicistica nella compagine sociale come indicativa di uno specifico statuto dogmatico, mediante un ravvedimento legislativo rispetto alle categorie predisposte (specularmente, andrebbe ripensato l’automatismo in forza del quale, il più delle volte, si fa discendere la natura privatistica dell’ente dalla sua organizzazione in forma societaria); il secondo potrebbe attenersi, invece, in mancanza di una evoluzione normativa, ad una certa razionalizzazione ermeneutica, che scardini tutte quelle operazioni di interpretazione iperbolica della partecipazione pubblica – e della sua eventuale influenza sulla *governance* – per fondare la natura giuridica non privatistica della società.

Si potrebbe, semmai, come è stato proposto, distinguere i casi in cui la presenza pubblicistica sia un mero «tramite per un generico perseguimento di interessi pubblici», da quelli in cui sia, invece, il «veicolo di situazioni distorsive per il mercato»⁴⁵.

Sarà, dunque, necessario scindere le ipotesi in cui le società operino in *regime concorrenziale*, da quelle in cui, invece, la presenza pubblica determini un condizionamento di quella dimensione⁴⁶, nel solco dell’interpretazione che la Corte di Giustizia ha fornito, in ordine alla nozione di “organismo di diritto pubblico”⁴⁷.

Il risultato cui si potrebbe giungere è, allora, verosimilmente, il reperimento di un criterio che, volta a volta, possa veicolare una più coerente “sistematizzazione” delle opzioni ermeneutiche, evitandone la caotica sedimentazione.

5 CONCLUSIONI

Si è, nei paragrafi precedenti, descritto brevemente l’impianto argomentativo della pronuncia in epigrafe e se ne sono ripercorse le continuità/discontinuità con i relativi precedenti; si è, poi, cercato di “sondare” la genesi normativa e l’attuale modo di atteggiarsi del modello “società mista”, utilizzato sempre più spesso come forma di gestione dei servizi pubblici locali; sulla base di siffatte considerazioni, ci si è, di seguito, soffermati sulla conciliabilità tra l’art. 640 co. 2 n. 1) c. p. e la nozione di “organismo di diritto pubblico” (soluzione, questa, individuata dalla Suprema Corte nella sentenza in commento), e sull’adeguatezza/ inadeguatezza della teoria dell’organo indiretto ad inquadrare la natura giuridica del concessionario; in ultima battuta, si è brevemente accennato alle criticità inerenti ad una tematica cui la pronuncia, trasversalmente, rimanda: la predisposizione, cioè, da parte del legislatore, di criteri diversi per risolvere i conflitti di statuto che il *genus* “società mista” innesta, e sulla ragionevolezza di tale disparità.

Le conclusioni cui si è addivenuti sulle singole questioni possono essere così sintetizzate: anzitutto, la nozione di “organismo di diritto pubblico” è, come già rilevato, a nostro avviso, utilizzabile come chiave interpretativa dell’aggravante in esame (e, anzi, ne fornisce una lettura molto più aderente alla “realtà dei servizi pubblici”). La soluzione scelta dalla Suprema Corte è, quindi, pienamente condivisibile sotto questo profilo; più problematico appare, invece, il raccordo con la teoria dell’organo indiretto, ma sulle criticità che una siffatta tesi può generare ci si è già ampiamente soffermati⁴⁸; quanto, infine, alle distonie intrasistemiche che la nozione genera (di cui pure si è detto⁴⁹), ribadiamo che sarebbe opportuna una revisione legislativa tale da offrire una soluzione ai conflitti di statuto che il modello può, nei vari contesti normativi, generare; o, in mancanza, una razionalizzazione, nel senso di una interpretazione evolutiva, dei parametri esistenti.

Concludendo, dunque, si può affermare quanto segue.

45. MANES, *Servizi pubblici e diritto penale*, cit., 227.

46. MANES, *Servizi pubblici e diritto penale*, cit., 227.

47. Cfr. VALLINI, *La nozione di “incaricato di pubblico servizio” e l’odierna realtà dei servizi di interesse generale*, in *Cass. pen.*, n. 12/ 2012, 4293.

48. *Supra*, § 3. 2.

49. *Supra*, § 4.

Nella nebulosa concettuale del diritto interno – intriso di contraddizioni che, come abbiamo visto, ne minano la coerenza e determinano un'imbarazzante disomogeneità applicativa, unitamente ad ingenti disparità di statuto – il concetto di "organismo di diritto pubblico" sembra potersi offrire come utile *passee partout*, che consenta – attraverso una diversa, più razionale sistematizzazione dei criteri autoctoni (e attraverso lo scardinamento di tesi tautologiche, quale è quella dell'"organo indiretto") – di livellare quelle asimmetrie che la precedente fase legislativa aveva prodotto.

E ciò, non in un modo che sia foriero di ulteriori conflitti di sistema, ma nel senso di consentire sì una rivoluzione esegetica, ma in maniera tacita: un'operazione, cioè, che non implica uno sconvolgimento eccessivo della normativa preesistente, essendo la nozione comunitaria ipotesi a mezza via tra le istanze oggettivistiche e quelle di matrice soggettiva, il cui unico effetto sarebbe non quello di eliderle, ma di armonizzarne la compresenza.

Il commiato dalla legalità: dall'anarchia legislativa al 'piroettismo' giurisprudenziale

SOMMARIO

1. PREMessa: L'ESEMPIO DEGLI ATTI PERSECUTORI. – 2. I PALESI VIZI DI COSTITUZIONALITÀ E IL PENDOLARISMO PRASSEOLOGICO: LE 'CONDOTTE REITERATE'. – 2.1. (SEGUE) IL 'PERDURANTE E GRAVE STATO DI ANSIA OVVERO IL FONDATO TIMORE'. – 2.2. (SEGUE) LA 'RELAZIONE AFFETTIVA'. – 2.3. GLI ATTI PERSECUTORI: TRA DANNO E PERICOLO. – 3. L'ELUSIONE DEL PRINCIPIO DI DETERMINATEZZA-TASSATIVITÀ. – 4. UN PRECEDENTE (ORMAI) 'RIMOSSO': LE SENTENZE N. 96/1961 E N. 364/88 DELLA CORTE COSTITUZIONALE. – 5. IL 'PIROETTISMO' APPLICATIVO E LA SVALUTAZIONE DELLA FUNZIONE NOMOFILATTICA. – 6. LEGISLATORE E PRASSI: IL SILENTE 'PATTTO' PER LA RIESUMAZIONE DEL 'DIRITTO PENALE D'AUTORE'. – 7. UNA GEREMIAD E DEI 'PRINCIPI'?

PREMESSA: L'ESEMPIO DEGLI ATTI PERSECUTORI

1

La figura degli atti persecutori (art. 612-*bis* c.p.), introdotta nel sistema dalla l.n. 38/09 di conversione con modificazioni del d.l.n. 11/09, sin dalla sua emanazione ha confermato l'emergere di una questione di più ampio respiro concernente l'idea stessa di concepire il ruolo dell'intervento penale. In altri termini, più che la 'qualità' delle disposizioni cd. *antistalking*, a venire in rilievo è la conferma di un 'nuovo' modo di intendere compiti e funzioni del diritto penale. La fattispecie in tema di atti persecutori, e la conseguente applicazione giurisprudenziale, rappresentano parametri privilegiati per saggiare la 'qualità' dell'azione statuale e il livello di rigorismo sanzionatorio di un determinato ordinamento in un dato momento storico; e cioè se esso sia fautore di un diritto penale del fatto, ovvero della volontà o della pericolosità soggettiva.

Le continue prese di posizione di una giurisprudenza a dir poco oscillante, a fronte di una fattispecie incriminatrice di scadente strutturazione, ci inducono a ritornare sulle disposizioni di cui all'art. 612-*bis* c.p.

In sede di primo commento eravamo stati facili 'profeti' nel preannunciare il destino della nuova figura in tema di atti persecutori. Le disposizioni concernenti lo *stalking* si sarebbero trovate di fronte ad un bivio: un'applicazione in linea con i postulati del diritto penale del fatto di derivazione costituzionale, ne avrebbe determinato il concreto abbandono; all'opposto – secondo una consuetudine via via affermatasi in maniera sempre più marcata – l'aggiramento dei principi fondamentali avrebbe reso la fattispecie un rimedio 'buono per tutte le stagioni'¹.

Un'analisi, quantunque schematica, dell'andamento prasseologico ribadisce una precisa scelta di campo verso un modello di diritto penale ancorato alla 'pericolosità', a volte solo presunta, dell'agente. Gli evidenti aggiramenti dei principi costituzionali, posti in essere al momento della redazione della disposizione incriminatrice, anziché venire censurati in sede di applicazione, hanno ricevuto una sorta di 'legittimazione', in nome di una concezione autoritaria del diritto penale, imperniata sulla mera

1. Sul punto ci sia consentito richiamare il nostro, *Una nuova figura criminosa: lo 'stalking' (art. 612-bis c.p.). Ovvero un altro, inutile, 'guazzabuglio normativo'*, in *Ind. pen.*, 2, 2010, p. 479 ss.

disubbidienza al comando del legislatore. La prassi, colmando le evidenti e numerose lacune attraverso operazioni di ortopedia interpretativa, di volta in volta, calibrate sul singolo caso, ha finito non solo per ‘giustificare’ una tecnica di normazione a dir poco deficitaria ma, cosa più importante, ha finito per ‘supportare’, malgrado la manifesta incostituzionalità di alcune disposizioni, l’intervento del legislatore.

Non c’è dubbio, allora, che la fattispecie in tema di atti persecutori (da intendere come *pars pro toto* della recente legislazione penale) rischi di recuperare molti aspetti di un sistema repressivo di matrice soggettivistica, ove a venire in rilievo è la mera “coscienza malvagia”² che si manifesta anche nella semplice violazione del comando giuridico. Si tratta di una normazione che risvegliando arcaiche impostazioni di matrice positivistica³, fonda l’intervento repressivo sulla temibilità del delinquente, più che sull’oggettiva pericolosità della condotta posta in essere⁴. Né, in una tale ottica, si rinvencono ragioni per una mitigazione dell’intervento penale⁵, perché “debbansi fare sommo conto della volontà, della inclinazione, della personalità morale dell’agente”⁶.

In un tale contesto il giudice attraverso una lettura adeguatrice della norma al caso concreto, finisce per porsi come l’unico interlocutore del legislatore, entrambi proiettati verso la riesumazione di una sorta di *Gesinnungsstrafrecht*.

Ma procediamo per gradi.

Il legislatore, com’è noto, con l’emanazione della fattispecie in tema di atti persecutori ha cercato di prevenire e reprimere i comportamenti molesti e petulanti, posti in essere in danno di determinate fasce di soggetti, per lo più – anche se non esclusivamente – di sesso femminile⁷. Le condivisibili esigenze di una più accentuata tutela, in favore di alcune categorie di persone oggetto di comportamenti vessatori, non possono far passare sotto silenzio le carenze strutturali della fattispecie incriminatrice⁸. Del resto la norma, che ha visto luce nel contesto delle tante campagne sulla ‘sicurezza’, presenta – a dispetto della lunga gestazione⁹ – le caratteristiche di una normativa frettolosa che fa propri tutti i difetti della legislazione simbolico-emergenziale. Il provvedimento normativo (l.n. 38/09), che ha immesso nell’ordinamento una sorta di mini-sistema contro gli atti persecutori, ha risentito del particolare momento storico in cui è stato emanato; è questo un dato del tutto ovvio perché il diritto non nasce e si sviluppa in uno spazio tecnico isolato, ma trae origine dai rapporti esistenziali sulla base di dati della realtà fenomenica¹⁰. Più in dettaglio, il contesto emergenziale ha finito per giustificare il marcato aggiramento delle disposizioni costituzionali in materia penale: principio

2. Cfr. MAGGIORE, *Diritto penale*. Vol. I. *Parte generale* (Art. 1-240), Tomo secondo, V ed. accresciuta e aggiornata, Bologna, 1949, p. 539.

3. Pone in risalto le ‘ragioni storiche’ che hanno portato alla nascita della Scuola positiva FERRI, *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Bologna, 1884, p. 5 ss.

4. Su cui v. diffusamente FERRI, *I nuovi orizzonti*, cit., p. 157 ss.

5. Cfr. GAROFALO, *Di un criterio positivo della penalità*, Napoli, 1880, p. 60 ss.; ID., *Criminologia*, Torino, 1891, p. 159 ss.

6. Cfr. FLORIAN, *Trattato di diritto penale*, Vol. I, *Dei reati e delle pene in generale*, Milano, 1934, p. 272.

7. Per un inquadramento delle ragioni sottese all’emanazione del delitto di atti persecutori cfr. MAUGERI, *Lo Stalking tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, in *Itinerari di diritto penale*, Torino, 2010.

8. In proposito cfr. VINCIGUERRA, *Sugli atti persecutori un ddl non all’altezza delle intenzioni*, in *Italia Oggi*, 12 febbraio 2009, p. 14 secondo cui il testo del nuovo art. 612-bis c.p. “non è all’altezza delle intenzioni lodevoli che lo ispirano e che condivido, sia per qualche imprecisione nel fatto sia perché sordinato, anche sotto il profilo sanzionatorio, con altre previsioni orientate alla tutela della libertà personale presenti nel codice penale”. Pone in risalto la “confusa e ridondante descrizione dell’azione (...) un quadro di tipicità empiricamente scorretto, impreciso e indeterminato” LOSAPPIO, *Vincoli di realtà e vizi di tipo nel nuovo delitto di “Atti persecutori”*. “Stalking the Stalking”, in *Dir. pen. proc.* 2010, 7, p. 871.

9. Cfr. VALSECCHI, *Il delitto di “Atti persecutori”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1378.

10. Sulle scelte di penalizzazione, quali espressione dei presupposti ideologici da cui muovono e sulle influenze dei vari momenti storici, cfr. diffusamente, nella diversità delle accezioni, WÜRTENBERGER, *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, (1959), trad. it. a cura di M. Losano - F. Giuffrida Repaci, Milano, 1965, p. 49; STILE, *Relazione di sintesi a Valori e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola, francese a confronto*, Atti del Convegno di Firenze, 19-20 Novembre 1993, Padova, 1995, p. 288; G.V. DE FRANCESCO, *In tema di rapporti tra politica criminale e dommatica: sviluppi e prospettive nella dottrina del reato*, in *Arch. pen.*, 1975, p. 52 ss.; G. HUSSERL, *Diritto e tempo. Saggi di filosofia del diritto* (1955), trad. di R. CRISTIN, Milano, 1998; FELIX KAUFMANN, *Logik und Rechtswissenschaften*, Tübingen, 1922, *passim*; e ADOLF REINACH, *I fondamenti a priori del diritto civile* (1913), in *Metodologia della scienza giuridica*, a cura di A. Carrino, Napoli, 1989; GRAMATICA, *Principi di diritto penale soggettivo*, Torino, 1934, p. 7; MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, p. 23; ID., *Die systematische Funktion der Kriminalpolitik. Normative Grundsätze eines teleologisch orientierten Strafrechtssystems*, in AA. VV., *Bausteine des europäischen Strafrechts*, a cura di B. Schünemann-de Figueiredo Dias, Köln-Berlin-Bonn-München, 1993, p. 45 ss.; PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, p. 63.

di legalità – *in primis* determinatezza dell'illecito penale – finalismo rieducativo della pena, *extrema ratio*, responsabilità penale personale, offensività, effettività, sono stati sacrificati sull'altare delle esigenze, spesso solo illusorie, di sicurezza, quantunque il sistema già annoverasse al proprio interno tutta una serie di fattispecie proficuamente utilizzabili¹¹. Come si accennava, la normativa in tema di atti persecutori è solo un esempio degli stravolgimenti a cui il legislatore repubblicano sottopone il diritto penale di derivazione costituzionale, almeno con riferimento ad alcune categorie di soggetti. Considerazioni analoghe possono farsi in tema di sicurezza pubblica¹²; si pensi per un momento alla normativa concernente la violenza negli stadi; alle modifiche in tema di legittima difesa, al trattamento degli extracomunitari e, più in generale al trattamento penale riservato a tutte quelle 'classi' ai margini della società: piccoli ladruncoli, lavavertri ai semafori, rom, accattoni, scioperanti, manifestanti, prostitute da strada, ubriachi, 'graffitari' delle metropolitane, tossicodipendenti, *homeless*¹³. Il legislatore, in tal modo, placa le ansie diffuse, ulteriormente amplificate dal circuito *mass-mediale*¹⁴, e trasforma la paura in consenso¹⁵. Un passaggio, questo, che non deve meravigliare più di tanto,

11. Da un punto di vista empirico-fenomenologico le condotte poste in essere dallo *stalker* si concretizzano in fatti già coperti dalle molteplici disposizioni codicistiche, proprio perché il fenomeno degli atti persecutori si caratterizza per la somma di più azioni che, singolarmente considerate, integrano di per sé fatti di reato! Basta(va), semplicemente, sfogliare il codice penale per rendersi conto che i comportamenti 'persecutori' non sono qualcosa di sconosciuto al legislatore fascista; anzi, a ben vedere, si tratta di fatti ampiamente sanzionati. Invero, dalle ipotesi meno gravi di molestie (art. 660) si va ai casi di minaccia (art. 612), violenza privata (art. 610), ingiuria (art. 594), diffamazione (art. 595), violazione di domicilio (art. 614), interferenze illecite nella vita privata (art. 615-bis), accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico (art. 615-ter), violazione o sottrazione e soppressione di corrispondenza (art. 616), cognizione, interruzione o impedimento illeciti di comunicazioni o conversazioni telegrafiche o telefoniche (art. 617), installazione di apparecchiature atte ad intercettare od impedire comunicazioni o conversazioni telegrafiche o telefoniche (art. 617-bis), rivelazione di contenuto di corrispondenza (art. 618), danneggiamento (art. 635). E anche i comportamenti più gravi commessi dallo *stalker* trovano fattispecie incriminatrici assistite da un regime sanzionatorio a dir poco rigoroso: infatti, possono essere utilizzati le norme in tema di violenza sessuale (art. 609-bis), sequestro di persona (art. 605), uccisione o maltrattamenti di animali (artt. 544-bis e 544-ter in particolare il co. 3°), maltrattamenti in famiglia (art. 572), percosse (art. 581), lesioni (art. 582), lesioni aggravate (art. 583) o colpose (art. 590), omicidio colposo (art. 589), omicidio preterintenzionale (art. 584), istigazione al suicidio (art. 580) fino all'omicidio (art. 575), che nella forma premeditata è sanzionato con la pena dell'ergastolo (art. 576). Il regime delle circostanze aggravanti e la possibilità di ricorrere all'istituto del reato continuato, 'arricchiscono', ulteriormente, non solo il regime sanzionatorio ma anche le possibilità applicative delle singole fattispecie incriminatrici. In particolare, il riferimento alla medesimezza del disegno criminoso e alla diversità dei tempi, di cui all'art. 81 co. 2° c.p., consente di risolvere la questione, altrimenti indecifrabile, della durata degli atti persecutori. Non concordiamo, pertanto, con chi ritiene che solo le disposizioni di cui agli artt. 572 e 660 c.p. erano "le uniche invocabili in caso di comportamenti molesti e reiterati ma notoriamente inidonee a colpire congruamente il fenomeno dello *stalking* e le sue possibili, talora tragiche *escalation*", cfr. NATALINI, "Stalking": *bastano due episodi di minaccia o di molestia per configurare il reato*, in *Dir. & Giust.*, 2010, p. 338. Per le stesse ragioni non convince l'affermazione secondo cui: "La descrizione del profilo oggettivo del reato relativo alla fattispecie in esame, con l'accentuazione dei caratteri di reiterazione nel tempo e di serialità delle condotte illecite costituisce un esempio perfetto di *fattispecie tipica* (corsivo nostro) che non avrebbe goduto di tutela penale prima dell'entrata in vigore della nuova norma di cui all'art. 612-bis, e, ancora, "prima dell'introduzione della nuova norma sfuggivano alle garanzie di tutela penale", cfr. MACRÌ, *Stalking: perdurante e grave stato di ansia e di paura e sindrome del molestatore assillante*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 9, p. 1779.

12. Non è privo di rilievo l'impiego di personale militare delle Forze armate in operazioni di ordine pubblico che, seppur disposto in seguito allo stragismo mafioso ha rappresentato "una svolta non solo per la eccezionale durata, ma anche per la forma legislativa dei vari provvedimenti di adozione", così SCHIAFFO, *Stato d'eccezione, diritti umani e sistema penale: la politica criminale negli "assiomi oscuri" dell'ordinamento costituzionale*, in AA. VV., *Diritti dell'uomo e sistema penale*, a cura di S. Moccia, Napoli, 2002, vol. I, p. 176.

13. Sulle varie cause di un tale stato di cose ci sia consentito richiamare il nostro, *Politiche neo-liberiste e questione criminale nella post-modernità. (dall'atrofia dello Stato sociale di diritto all'ipertrofia dello Stato penale)*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2010, 4, p. 1 ss. e letteratura ivi richiamata.

14. Sul rapporto tra scelte di penalizzazione, legislazione simbolica e mezzi di comunicazione di massa cfr. SCHIAFFO, *Le minime ragioni della legislazione penale simbolica: la criminalità mediata*, in *Crit. dir.*, 2010, 1-3, p. 127 ss.

15. Com'è stato evidenziato, con la solita chiarezza, "il sistema della politica ha investito così i suoi pochi denari ancora non sperperati nel grande *business* del secolo: l'affare-sicurezza capace di moltiplicare esponenzialmente ricchezze e consenso. Ed è una gara che – presto annullata la vecchia distinzione tra destra e sinistra – cresce convulsamente senza regole, neppure quelle dettate dal pudore", così PAVARINI, *Il diritto penale per il "nemico"?*, in *In seme sotto la neve*. Rileva BAUMAN, *Il buio del postmoderno*, Roma-Reggio Emilia, 2011, p. 37, come le statistiche dimostrino che non stiamo vivendo in un mondo più pericoloso di quanto lo fosse cinquant'anni e cent'anni fa, mentre "sono i sentimenti al riguardo che si sono invertiti, si cerca avidamente qualsiasi informazione che confermi le proprie aspettative di pericolo". Sulla capacità dei *mass-media* di influenzare le coscienze e sui rischi per la democrazia che il controllo e le manipolazioni degli stessi comporta cfr. LOPORCARO, *Cattive notizie. La retorica senza lumi dei mass media italiani*, Milano, 2005, p. 28 ss. Sulla capacità dei mezzi di informazione di creare e/o di amplificare un'immagine negativa di un dato fenomeno – ad esempio la questione immigrati – cfr. DAL LAGO, *Non-persone, L'esclusione dei migranti in una società globale*, Milano, 2009, p. 72 ss. Sul tema, seppur con diverse accentuazioni, cfr., MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2a ed., Napoli, 1997, p. 28; FIANDACA, *Concezioni e modelli di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e dottrina*, in AA. VV., *La riforma del diritto penale*, a cura di L. Pepino, Milano 1993, p. 20 ss.; RESTA, *Paradossi del consenso*, in AA. VV., *Verso un nuovo codice penale. Itinerari – Problemi – Prospettive*, a cura del Centro Studi Giuridici e Sociali Cesare Terranova, Milano, 1993, p. 133 ss.; MUSCO, *Consenso e legislazione penale*, ivi, 151 ss.; PALIERO, *Diritto penale e consenso sociale*, ivi, p. 167 ss.; SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 1193. Più in generale, sul "problematico e complesso" rapporto tra informazione e sistema penale, cfr., PADOVANI, *Informazione e giustizia penale: dolenti note*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 6, 690 ss. Sui "reciproci influssi tra atti giudiziari e pubblica informazione", cfr. NOBILI, *L'immoralità necessaria. Citazioni e percorsi nei mondi della giustizia*, Bologna, 2009, p. 7 e *passim*.

perché la legislazione penale simbolica, com'è stato, limpidamente, sostenuto da un illustre Maestro, è un esempio di quella tecnologia del potere denominata 'la politica come spettacolo'; "in essa il rapporto tra 'politici' e cittadini assume la forma della relazione teatrale tra attori e pubblico, invece di essere il consenso (sui valori costituzionali) la base di legittimità delle decisioni legislative, il sostegno elettorale è il prodotto cui esse vengono finalizzate, in un processo di *legittimazione*, in cui viene realizzato lo scambio tra illusioni di sicurezza e voti"¹⁶.

2

I PALESI VIZI DI COSTITUZIONALITÀ E IL PENDOLARISMO PRASSEOLOGICO: LE 'CONDOTTE REITERATE'

Come si anticipava, il legislatore incurante dei principi costituzionali ha operato una precisa scelta repressiva, testimoniata non solo dalla previsione di un regime sanzionatorio durissimo, quanto dal ricorso a formule onnicomprensive e di chiusura che nulla hanno a che vedere con la soddisfazione di esigenze di rigorosa descrizione del tipo in linea con i naturali corollari della legalità¹⁷.

La fattispecie incriminatrice, già viziata da macroscopiche carenze di determinatezza-tassatività, ha ricevuto nella fase applicativa una 'lettura' completamente svincolata dal contesto ordinamentale, con il risultato di rendere il comando legislativo ulteriormente evanescente e del tutto avulso dalla realtà¹⁸; si è assistito, in sostanza, alla trasformazione della figura criminosa in una sorta di 'illimitato contenitore' capace di racchiudere qualunque violazione della prescrizione legislativa.

Paradigmatico di un tale stato di cose è l'inciso "condotte reiterate" che connota la fattispecie incriminatrice di cui all'art. 612-bis c.p.; sorprendente l'assenza di qualunque indicazione da parte del legislatore su questo specifico punto che rappresenta, a ben vedere, il *quid proprii* della condotta di *stalking*; non meno sorprendente si presenta la lettura estensiva – oltre che contraddittoria – operata dai giudici di merito e di legittimità.

L'unica certezza che si ricava dall'espressione 'condotte reiterate' – utilizzata al plurale dal legislatore – è quella che esclude la configurabilità dell'intento persecutorio quando vi sia stato un solo atto di molestia; al di fuori di questa minima e ovvia certezza, ogni altra interpretazione è stata ritenuta possibile. Ed infatti, si sono registrate posizioni assai diverse intorno alla formula 'condotte reiterate', ricostruita in termini da giustificare qualsivoglia decisione, proprio perché il legislatore ha ommesso ogni riferimento sia alla frequenza delle azioni moleste, sia al tempo entro il quale devono esplicitarsi. In altre parole, la norma non precisando il numero delle diverse condotte moleste, né l'arco temporale entro cui le stesse devono verificarsi, ha lasciato libero l'interprete di declinarla nel modo più opportuno a sostegno delle proprie esigenze e convinzioni.

Non può meravigliare, allora, la congerie di decisioni giurisprudenziali accomunate – unica costante – da una interpretazione estensiva della portata della fattispecie incriminatrice nell'ottica di estrema valorizzazione della sua pregnanza repressiva.

In particolare, i giudici di legittimità, ai fini della configurabilità del tipo criminoso, mentre sottolineano la necessità di un'intensa attività vessatoria, fatta di "molestie telefoniche da maggio a luglio, squilli telefonici anche nel corso della notte, ripetute aggressioni verbali, minacce di morte"¹⁹, all'opposto stabiliscono che "anche due condotte sono sufficienti a concretare quella reiterazione cui la norma subordina la configurazione della materialità del fatto"²⁰. La giurisprudenza di merito sostiene l'insufficienza di

16. Cfr. BARATTA, *Prefazione a La perenne emergenza* di S. MOCCIA, Napoli, II ed., 1997, p. XVI. Più in generale, sul complesso rapporto tra scelte legislative e restrizioni dei diritti della persona, cfr. FERRAJOLI, *Giurisdizione e consenso*, in *Quest. giust.*, 2009, 4, p. 10 ss.

17. Sui "fattori di crisi strutturali della legalità", cfr. recentemente le condivisibili considerazioni svolte da RONCO, *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, opera diretta dallo stesso Autore con la collaborazione di AMBROSETTI e MEZZETTI, Bologna, 2010, II ed., p. 24 ss.

18. Su queste problematiche cfr. le puntuali riflessioni di PULITANO, *Il diritto penale tra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2006, p. 799 ss.

19. Cass. pen. sez. V, 22 giugno 2010, n. 34015, in *Dir. & Giust.*, 2010.

20. Cass. pen. sez. V, 21 gennaio 2010, n. 6417, in *Cass. pen.*, 2011, I, p. 157. In linea con l'orientamento giurisprudenziale appena evocato ritiene sufficiente per la configurabilità della fattispecie di cui all'art. 612-bis c.p. la 'necessità' di "due episodi persecutori", MACRÌ, *Il commento* (alla legge 38/2009), in *Dir.*

due soli atti ai fini della configurabilità del delitto di ‘atti persecutori’ perché, il requisito della reiterazione delle molestie o delle minacce, ricostruito alla luce degli eventi tipici che la norma richiede, appare “compatibile solo con condotte caratterizzate da costanza, permanenza e imponenza tali da costituire un vero e proprio impedimento”²¹ alle normali abitudini di vita del soggetto passivo. In una tale prospettiva rilevano “continue minacce e molestie”²², “ripetute condotte di appostamento”²³, “pedinamenti reiterati ed assillanti, con frequenti appostamenti, con non lievi, ripetute intrusioni nella vita lavorativa e familiare altrui, con sistematici atti di morbosa, invasiva aggressività, con costanti, ripetuti contatti telefonici ed epistolari”²⁴; e, ancora, si fa riferimento alla realizzazione di una “gravissima attività persecutoria, aggressiva, molesta e violenta (...) protrattasi per svariati mesi”²⁵.

Questo orientamento viene successivamente sconfessato dalla giurisprudenza di legittimità quando afferma: “anche due sole condotte di minaccia o di molestia sono sufficienti a concretare la reiterazione quale elemento costitutivo del reato di atti persecutori di cui all’art. 612-bis c.p.”²⁶, e ciò in senso opposto²⁷ ad un’altra presa di posizione della stessa sezione della Corte di cassazione²⁸.

Ne scaturisce un quadro d’insieme alquanto instabile quale naturale prodotto di prese di posizione ‘modulate’ sulla singola questione sottoposta all’esame del giudice, che di volta in volta rinviene il ‘principio di diritto’ meglio confacente al caso.

Ma il *principio di diritto* secondo cui anche due condotte sono sufficienti a concretare quella reiterazione cui la norma subordina la configurazione della materialità del fatto non va esente da qualche obiezione. Una tale affermazione stride con la ricostruzione del delitto di atti persecutori in termini di reato abituale asserita dalla stessa giurisprudenza di legittimità e di merito²⁹. Non si comprende come possa sostenersi il reato abituale di atti persecutori posto in essere con due sole condotte. E, in effetti, i giudici di legittimità sono giunti a questa conclusione limitandosi ad attestare che: “il termine ‘reiterare’ denota la ripetizione di una condotta una seconda volta ovvero più volte con insistenza”³⁰, senza nulla aggiungere intorno al concetto della ‘reiterazione’ – come utilizzato nella fattispecie incriminatrice – finendo per rifugiarsi in una sorta di tautologismo.

Sul punto è forse il caso di svolgere qualche aggiuntiva considerazione tenendo presente alcuni profili particolarmente utili per chiarire la reale portata degli ‘atti reiterati’.

Una prima riflessione va svolta intorno alle categorie del reato abituale³¹ e dell’abitualità nel delitto. Il reato abituale, come è noto – senza andare a distinguere tra proprio

pen. proc., 2009, 7, p. 824.

21. Trib. Roma sez. V, 4 febbraio 2010, n. 3181, in *Dejure*.

22. Trib. Lucera, 10 luglio 2009, in *Giur. mer.*, 2010, 5, p. 1372.

23. Trib. Bari sez. riesame, 6 aprile 2009, in *Giur. mer.*, 2009, 7-8, p. 1921.

24. Trib. Palermo, 29 settembre 2009, in *Dir. fam.*, 2010, 1, p. 213.

25. Uff. Ind. prel. Monza, 2 dicembre 2009, in *Foro amb.*, 2009, 4, p. 415.

26. Cass. pen. sez. V, 11 gennaio 2011, n. 7601, *Dir. & Giust.*, 2011; nello stesso senso cfr. Cass. pen. sez. V, 7 aprile 2011, n. 20895, P.G. Izzo C., in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 6, p. 2002, in *Foro it.*, 2012, 3, 2, p. 158.

27. Cass. pen. sez. V, 12 gennaio 2010, n. 11945, in *Dir. & Giust.*, 2010, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 9, p. 1777; Trib. Palermo, 29 settembre 2009, in *Dir. fam.*, 2010, 1, p. 213; Trib. Napoli sez. IV, 30 giugno 2009, in *Resp. civ. e prev.* 2009, 11, 2319.

28. Cass. pen. sez. V, 2 marzo 2010, n. 25527, *Dir. & Giust.* 2010, in *Guida dir.*, 2010, 33-34, p. 72. Evidenza, sul punto come lo *stalker* criminologicamente ponga “in essere una vasta gamma di comportamenti che diventano persecutori solo quando siano consapevoli, intenzionali, reiterati, insistenti e duraturi” NATALINI, “Stalking”: bastano due episodi di minaccia o di molestia per configurare il reato, in *Dir. & Giust.* 2010, p. 338: sulla condotta di *stalking*, caratterizzata da incursioni tali da dar luogo ad una vera e propria “sindrome dell’assalitore assillante” cfr. Cass. pen. sez. VI, 17 aprile 2009, n. 16658, in *Dejure*; sul punto non diversamente Cass. pen. sez. V, 26 aprile 2010, n. 27774, in *Dejure*; Cass. pen. sez. VI, 16 luglio 2010, n. 32404, in *Dejure*.

29. Cfr. Cass., sez. I, 15 gennaio 2008, n. 2113, in *Guida dir.*, 2008, n. 13, p. 96; Trib. Catanzaro sez. II, 3 novembre 2009 in *Dejure* quando afferma che la condotta tipica è costituita dalla reiterazione di minacce o di molestie e la peculiarità della ripetizione di dette condotte porta ad affermare che si tratti di reato abituale. V. anche Uff. Ind. prel. Milano, 09 giugno 2009, in *Foro amb.*, 2009, 3, p. 283; Trib. Reggio Calabria, 30 giugno 2011, in *Giur. mer.*, 2012, 4, p. 936. In dottrina, tra gli altri cfr. NATALINI, “Stalking”, cit., p. 338.

30. Cfr. Cass. pen. sez. V, 21 gennaio 2010, n. 6417, cit.

31. Per un inquadramento dell’istituto, senza pretese di completezza, oltre alla manualistica, cfr. PETRONE, *Reato abituale*, in *Nss. dig. it.*, Torino, 1967, XIV, p. 941 ss; Id., *Reato abituale*, Padova 1999; FERNASARI, *Reato abituale*, in *Enc. giur. Trec.*, Roma, 1991, XXVI, p. 1 ss.; CALVI, *Lo sfruttamento della prostituzione*, Padova, 1970; COPPI, *Maltrattamenti in famiglia*, Perugia, 1979.

e improprio, tra eventualmente abituale o necessariamente abituale – è dato dalla reiterazione intervallata nel tempo della stessa condotta o di più condotte omogenee³², la cui offesa al bene protetto avviene soltanto ad opera di molteplici atti cumulativamente considerati oppure sull'*id quod plerumque accidit* ed effettuati *quoad poenam*³³. Nella ricostruzione di questa figura criminosa è stato, inoltre, sostenuto che “alcune ipotesi di reato non si realizzano, se non a patto che si configuri una serie di condotte (...) la reiterazione dei vari atti o delle varie condotte e il loro collegamento in una serie significativa – in guisa tale da profilare come un comportamento usuale del soggetto – dà luogo all'autonomo reato abituale”³⁴. Dunque nel reato abituale la legge richiede “la ripetizione intervallata nel tempo di più condotte”³⁵, o “di una serie di azioni od omissioni anche ad apprezzabile distanza di tempo”³⁶ o, infine, “una pluralità di condotte”³⁷, di modo che la relazione incestuosa, ad esempio, “presuppone una serie di condotte di incesto, ripetute nel tempo”³⁸.

Ulteriori spunti di riflessioni possono ricavarsi, muovendosi in un ambito diverso dal reato abituale qual è quello segnato dagli artt. 103-104 c.p. Il riferimento all'abitudine nei delitti può apparire non poco pertinente, se viene valorizzato nel senso di assecondare orientamenti positivisticici in funzione di marcata difesa sociale³⁹. Ma, nonostante ciò, l'art. 103 c.p. nel disciplinare l'abitudine nel delitto pronunciata dal giudice, alla precedente condanna per due delitti non colposi ne richiede una terza; postula, cioè, almeno ‘tre condotte’. E sempre ragionando per congetture, lo *stalker* potrebbe essere rapportato, in via puramente teorica, ad un soggetto affetto da pericolosità sociale qualificata; ma anche a voler *parificare* gli ‘atti’ del molestatore assillante alle ‘condanne’ richiamate dall'art. 103 c.p., la norma ne richiama almeno tre. Nei casi di abitudine presunta per legge (art. 104 c.p.) i ‘fatti’ devono essere addirittura quattro.

Un altro profilo, in ordine all'esclusione della configurabilità della fattispecie degli atti persecutori in presenza di due solo condotte, si ricava ragionando sul dato secondo cui quando il legislatore ha voluto richiamare solo due ‘accadimenti’ lo ha specificato in maniera chiara. Invero, l'art. 115 c.p. prevede espressamente l'accordo tra “due o più persone”, e la stessa norma stabilisce un aumento di pena quando l'associazione tende a commettere “due o più delitti”. Stessa impostazione si ritrova nell'art. 535 c.p. (poi abrogato dalla l. n. 75/58) che fissava una pena raddoppiata se il fatto veniva commesso in danno “di due o più persone”. L'art. 625 c.p. enuncia un aumento di pena se concorrono “due o più” circostanze. La frode in immigrazione disciplinata dall'art. 645 c.p. stabilisce un aumento di pena (co. 2) se il fatto è commesso in danno “di due o più persone”. E quando il legislatore ha voluto riferirsi anche al ‘singolo’ ha utilizzato una diversa formula: “uno o più stranieri”, come nel caso di cui all'art. 24, comma 6, presente nel T.U., in materia di lavoro stagionale.

Ma l'aspetto su cui riflettere, maggiormente, è ancora un altro. Il termine ‘reiterare’ da un punto di vista etimologico può essere letto come ‘fare di nuovo una cosa che è già stata fatta’; dunque il lemma ‘reiterare’ va inteso come sinonimo di ‘replicare’, ‘ripetere’ che all'interno della fattispecie incriminatrice si concretizza in qualcosa che diventa ‘abitudinario’. Una riprova si ha utilizzando il termine nella sua forma aggettivante e, quindi, con valore di ‘ripetutamente’; allora, ‘reiteratamente’ non può descrivere una condotta che si esaurisce nell'ambito di sole due azioni. Del resto, è proprio la condotta di *stalking* che lega finalisticamente le molteplici condotte determinando, appunto, nella

32. In tal senso cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2009, VI ed., p. 201.

33. Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2011, VII ed., p. 506.

34. Così C. FIORE- S.FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 2008, III, ed., p. 174.

35. Cfr. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale, I, Art. 1-84*, Milano, 1987, p. 303.

36. Cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2004, p. 143.

37. Cfr. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2008, IX ed., p. 111.

38. Cfr. C. FIORE- S. FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 175.

39. Più in generale sul punto cfr. ROMANO, *Commentario*, cit., p. 101 ss.

potenziale vittima uno stato di grave ansia, paura o turbamento.

E, ancora, il vocabolo ‘persecutorio’, dal verbo perseguitare, va letto come l’azione di colui che tiranneggia; va inteso cioè nel senso di tormentare, fare oggetto di costante vessazione, oppressione, molestare o importunare con insistenza, angustiare continuamente.

La condotta dell’agente – tralasciando il dato puramente numerico – com’è stato efficacemente evidenziato, “assume una valenza assillante, una portata persecutoria soltanto se si traduce in una pluralità di comportamenti vessatori ripetuti nel tempo, in modo da conferire all’atteggiamento aggressivo dello *stalker* un carattere di abitudine e all’offesa subita dalla vittima una dimensione seriale”⁴⁰.

Non ci pare, pertanto, che due sole condotte, checché ne pensi una parte della giurisprudenza, possano avere una tale capacità.

2.1

(SEGUE) IL ‘PERDURANTE E GRAVE STATO DI ANSIA OVVERO IL FONDATA TIMORE’

Ancora più indeterminata si presenta la fattispecie di cui all’art. 612-*bis* c.p. per quanto attiene all’inciso “perdurante e grave stato di ansia o di paura”, che ha dato vita, anche in questo caso, ad una molteplicità di prese di posizione in sede di applicazione.

Si tratta di una locuzione che evidenzia rilevanti difficoltà nel delineare i concetti di ‘paura’ e di ‘ansia’, trattandosi di provare “stati fluidi e incerti come le reazioni emotive”⁴¹. Il legislatore, nel caso dell’art. 612-*bis* c.p., pare abbia utilizzato i termini ‘ansia’ e ‘paura’ per richiamare un evento normativo di carattere extragiuridico, il quale secondo le più generali regole del diritto penale comporta che “il parametro di riferimento diventi inevitabilmente incerto”⁴².

Anzi in un tale contesto è facile assistere oltre alla complessità di delineare i concetti di ‘ansia’ o ‘paura’, ad una sorta di ingiustificato e contraddittorio ampliamento della fattispecie incriminatrice – da parte di alcuni giudici – ben oltre la sua oggettiva *ratio* e portata.

Invero, un orientamento giurisprudenziale ricostruisce l’inciso nei termini di “turbamento psicologico destabilizzante (...) manifestato con forme patologiche, contraddistinte dallo stress, di tipo clinicamente definito grave e perdurante”⁴³. Una tale patologia può essere attestata solo dallo specialista, perché: “è evidente che un generico stato d’ansia, certificato non da uno specialista neurologo o psichiatrico, non può essere confuso con una situazione ben delineata dalla norma, che richiede che lo stato d’ansia sia, oltre che grave, anche perdurante”⁴⁴.

All’opposto è dato leggere che il concetto di perdurante e grave stato di ansia o di paura “non fa riferimento ad uno stato patologico, addirittura clinicamente accertato, bensì a conseguenze sullo stato d’animo della persona offesa quale il sentimento di esasperazione e di profonda prostrazione concretamente accertabili e non transitorie, in quanto rappresentano la conseguenza di una vessazione continuata che abbia sostanzialmente comportato un mutamento nella condizione di normale stabilità psicologica del soggetto”⁴⁵.

40. Così FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, tomo primo, *I delitti contro la persona*, Bologna, 2013, IV ed., p. 229.

41. In dottrina, cfr. le autorevoli riflessioni svolte da FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*. Vol. II, tomo I. *I delitti contro la persona*, IIa ed., *addenda*, Bologna, 2009.

42. Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 230.

43. Cass. penale sez. V, 1 dicembre 2010, n. 8832, in *Dir. & Giust.* 2011, in *Riv. pen.*, 2011, 5, p. 504.

44. Cass. pen. sez. V, 1 dicembre 2010, n. 8832, cit.

45. Trib. Milano, 17 aprile 2009, in *Corr. mer.*, 2009, p. 650. Sul punto possono essere richiamate le considerazioni svolte da LOSAPPIO, *Vincoli di realtà*, cit., 875, che censura l’interpretazione analogica svolta nella sentenza appena richiamata nella misura in cui sussume nella formula legislativa anche il sentimento di esasperazione che non corrisponde nemmeno a livello di significato letterale alla formula legislativa. In proposito, incisivamente, MANNA, *Disequilibri fra poteri dello Stato e riflessi sulla legislazione penale*, in *Cass. pen.*, 2011, 3, p. 1244, quando evidenzia il dato secondo cui “la giurisprudenza penale privilegia una sorta di interpretazione teleologica, cioè tendente alla tutela del bene giuridico, con il fondatissimo rischio, però, che l’interpretazione analogica diventi la regola e non l’eccezione”; più in generale sul tema, recentemente, cfr. MARINUCCI, *L’analogia e la “punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale”*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, p. 1254 ss.; RAMPIONI, *Dalla parte degli ingenui*, Padova, 2007.

Così il ‘perdurante e grave stato di ansia’ viene interpretato da alcuni giudici oltre che come mutamento nella condizione di normale stabilità psicologica del soggetto, anche come “disagio emotivo”⁴⁶, oppure “disagio psichico”⁴⁷ o, ancora, ricostruito con riferimento “solo ed esclusivamente a forme patologiche contraddistinte dallo stress, di tipo clinicamente definito grave e perdurante”⁴⁸. E tale stato psico-fisico secondo altra giurisprudenza può essere addirittura oggetto di diretto apprezzamento da parte del giudice⁴⁹.

Sotto quest’ultimo profilo, l’affermazione non convince nella misura in cui si sostiene la ‘diretta’ valutazione del “perdurante e grave stato di ansia”, e cioè di un ‘qualcosa’ che non trova riscontro nemmeno nella medicina specialistica. In realtà, l’ampia letteratura scientifica sull’ansia – a tacere degli approfondimenti sulle varie tipologie⁵⁰ – non dà alcuna nozione del termine perdurante. Non esiste, cioè, un’ansia che possa definirsi ‘perdurante’! Non si comprende, allora, come possa fondarsi una pretesa giuridica – con annessa sanzione – su un qualcosa inesistente in natura, e come possa il giudice valutare qualcosa che non esiste, se non attraverso il proprio *intuitus*⁵¹.

Ora, senza soffermarsi sui requisiti della ‘gravità’ e della ‘durata’ – di fatto abrogati in fase di applicazione – le varie decisioni giurisprudenziali operano una lettura pleonastica dell’inciso, priva di qualunque spiegazione in ordine ai criteri che consentono al giudice di affermare la verifica dell’evento.

Una tale impostazione è stata, opportunamente, censurata dalla Corte di cassazione che ha evidenziato il “carattere di apoditticità” con conseguente ripetizione dell’esame⁵².

Non minori difficoltà s’incontrano in ordine all’individuazione dell’esatta portata della locuzione “fondato timore”, per l’incolumità della vittima o di un prossimo congiunto, legato alla vittima da relazione affettiva. Anche in questo caso si tratta di operare su ‘sensazioni’ soggettive il cui riconoscimento viene, ancora una volta, rimesso al prudente apprezzamento del... consulente sanitario. Quest’ultimo, verosimilmente, informerà il giudice che la persona sottoposta a controllo medico – magari qualche giorno dopo la verifica del fatto – ‘ha riferito’ di trovarsi in uno stato di ansia, paura o timore. Ma lo stesso accertamento medico non si comprende se sia qualcosa di necessario o se possa essere sostituito da meri ‘criteri di comune esperienza’⁵³. La questione si complica ancor di più perché trattandosi di provare entità sfuggenti – stati fluidi e incerti come le reazioni emotive – occorre tener conto anche del ‘carattere’ del soggetto passivo e, quindi, la dimostrazione del nesso causale diventa ancora più problematica, proprio alla luce della vaghezza della fattispecie incriminatrice. Inoltre, va posto nel giusto risalto, il dato secondo cui per l’esatta individuazione della locuzione “fondato timore” non si può contare neppure su qualche precedente giurisprudenziale, perché l’inciso rappresenta una assoluta ‘novità’ per il codice penale.

46. Cass. pen., sez. V, 12 gennaio 2010, n. 11945, cit.

47. Trib. Bari, sez. riesame, 6 aprile 2009, in *Giur. mer.*, 2009, p. 1922.

48. Trib. Catanzaro, 21 ottobre 2009, in *Dejure*.

49. Trib. Milano, 5 settembre 2009, in *Corr. mer.*, 2009, p. 1109.

50. A mero titolo esemplificativo si parla di ansia di tratto, ansia di stato, disturbo d’ansia generalizzato, disturbo d’ansia sociale, ansia di separazione, disturbo d’ansia ossessivo-compulsivo, disturbo d’ansia non altrimenti specificato, sindrome ansiosa, ansia acuta, disturbo di panico senza agorafobia; disturbo di panico con agorafobia; agorafobia senza anamnesi di disturbo di panico; fobia specifica; fobia sociale; disturbo post-traumatico da stress; disturbo acuto da stress, ecc. ecc. Il *Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali* – (DSM – *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, dell’*American Psychiatric Association* (APA) – che è uno dei sistemi nosografici per i disturbi mentali più utilizzato in questo settore, non annovera l’ansia grave e perdurante. Il DSM propone alcune categorie principali (fobie, disturbo di panico, disturbo d’ansia generalizzato, disturbo ossessivo-compulsivo, disturbo post-traumatico da stress e disturbo acuto da stress) ma non prevede forme di ansia grave e perdurante. Quest’ultima non si ritrova nemmeno nella versione più recente (il DSM-5 che racchiude i cambiamenti approvati dalla fondazione APA, la cui pubblicazione è prevista nell’anno 2013).

51. V. *infra* § 5.

52. Cass. pen. sez. V, 22 giugno 2010, n. 34015, in *Dejure*, di annullamento dell’ordinanza impugnata con rinvio al giudice di primo grado per nuovo esame.

53. Sul punto valgono le limpide considerazioni svolte dalla dottrina quando evidenzia come “gli eventi relativi al ‘fondato timore per l’incolumità propria o di un prossimo congiunto’, e, soprattutto, ‘il cagionare un grave e perdurante stato di ansia o di paura’ si sottraggono alla verificabilità empirica”, cfr. MANNA, *Il diritto penale dell’immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d’autore*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2.

2.2

(SEGUE) LA 'RELAZIONE AFFETTIVA'

La norma in tema di atti persecutori utilizza la locuzione 'relazione affettiva' senza alcuna specificazione⁵⁴, rimettendo di fatto alla discrezionalità del magistrato punitivo l'onere di colmare le lacune, laddove "il vincolo del giudice alla legge è senza alternative"⁵⁵.

Dalla disposizione incriminatrice si ricava il dato secondo cui risponde di 'atti persecutori' non solo l'innamorato respinto o l'ex marito, fidanzato, convivente che non si rassegni alla troncata relazione – ove in questi casi la 'relazione affettiva' può ritenersi *in re ipsa* – ma, per fare un esempio, anche l'ex compagno/a di una relazione omosessuale. La locuzione 'relazione affettiva' include, pertanto, qualunque tipo di rapporto affettivo, anche di tipo amicale, e se tutto ciò può essere valutato – nell'ottica repressiva della norma – addirittura in termini positivi nella misura in cui amplia la portata della fattispecie, indirizzandosi verso qualunque persona, resta irrisolto il problema di stabilire quando si ha una 'relazione affettiva'. Sul punto, la norma pecca non poco di indeterminazione, perché sarà solo il giudice, successivamente alla verifica dei fatti, a stabilire che tra due persone vi era una relazione affettiva, con la conseguenza di rimettere alla completa discrezionalità del magistrato la sussunzione del caso realmente verificatosi nella fattispecie incriminatrice astratta, con tutte le conseguenze derivanti da possibili applicazioni oscillanti. La soluzione sviluppata da autorevole dottrina, seppur nel condivisibile sforzo, di specificare la portata della norma, riconoscendo rilevanza penale solo alle relazioni affettive "di un certo rilievo"⁵⁶, non pare percorribile, risolvendosi la precisazione in una sorta di ripetizione. Del resto la locuzione 'relazione affettiva' non è stata oggetto di soverchio approfondimento giurisprudenziale utile a 'spiegarne' la portata; seppur in tutt'altro ambito, si richiamano "caratteristiche di stabilità e tendenziale definitività in modo tale da rendere evidente la sussistenza di una relazione affettiva interpersonale fondata su una duratura comunanza di vita e di interessi, assimilabile nei fatti ad un vero e proprio rapporto familiare"⁵⁷. In materia di atti persecutori la copiosa giurisprudenza, invece, si limita a richiamare l'espressione senza alcuna precisazione.

Le difficoltà quindi non mancano: il lemma 'affettività' è utilizzato in ambito psicologico per indicare l'insieme dei sentimenti e delle emozioni di un individuo oltre al carattere assunto da un particolare stato psichico. E, senza andare a riprendere le riflessioni aristoteliche svolte nel 'De Anima' – secondo cui il termine 'affezione' designa tutto ciò che nell'anima accade, cioè qualsiasi modificazione che essa subisce – ci basta sapere, in questa sede, che designa ogni stato, condizione o qualità che consiste nel subire un'azione o nell'essere influenzato o modificato da essa⁵⁸.

Alla luce delle succinte considerazioni appena svolte discende che la verifica di stati attinenti alla psiche delle persone non appare operazione tra le più semplici, proprio perché vengono in risalto sensazioni, emozioni dell'animo, la cui oggettivizzazione appare per molti versi impossibile da provare in un processo. Senza addentrarci su problemi di più ampio respiro in tema di causalità psichica⁵⁹, la fattispecie delineata dall'art. 612-bis c.p. con il riferimento al grave e perdurante stato di ansia, al timore, alla relazione affettiva postula, com'è stato nitidamente sostenuto, "una relazione tra la condotta dell'autore e la risposta reattiva di un altro soggetto"; la questione si presenta in tutta la sua rilevanza perché "un soggetto agisce non direttamente su un oggetto materiale, bensì influisce indirettamente sull'evento interferendo nell'esercizio della libertà di un'altra persona"; e, ancora, "il diritto penale, come disciplina che tematizza espressamente le relazioni comunicative nella vita sociale, implicanti interazioni tra la ragione e

54. La stessa espressione, senza alcuna spiegazione, è stata utilizzata anche nel d.l. n. 93/13 (cd. antifemminicidio) agli artt. 3 co. 1 e 4 co. 1 che ha aggiunto l'art. 18-bis a T.U. imm.

55. Così HASSEMER, *Metodologia giuridica e pragmatica giudiziaria*, in *Criminalia*, 2007, p. 75.

56. Ci si riferisce a CADOPPI, *Atti persecutori: una normativa necessaria*, in *Guida dir.*, 2009, 19, p. 53.

57. Cfr. Cass. pen. sez. IV, 27 giugno 2001, n. 35121, Rigamonti, in *Cass. pen.*, 2002, p. 3818.

58. Sul punto si rinvia a ABBAGNANO, *Dizionario di filosofia*, voce *Affezione*, Novara, 2006, 10, p. 20 ss.

59. Su cui cfr. recentemente per tutti RONCO, *Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, in *Ind. pen.*, 2004, 3, p. 815 ss.

la volontà delle persone, nonché tra i loro sentimenti, atteggiamenti psichici, aspirazioni, desideri, passioni, si edifica su una trama ininterrotta di giudizi relativi agli effetti e ai significati, sempre diversi e cangianti, del condizionamento reciproco della condotta di uno o di alcuni uomini rispetto alla condotta di altri⁶⁰.

Del tutto irragionevole e avulso dalle indicazioni costituzionali, appare, infine, il trattamento sanzionatorio nelle ipotesi disciplinate dal 1° e dal 2° comma dell'art. 612-*bis* c.p. La locuzione “legata da relazione affettiva” compare in due distinte disposizioni dell'art. 612-*bis* c.p. corredate da differente regime sanzionatorio. Infatti, il co. 1 sanziona con la reclusione da sei mesi a quattro anni colui che minaccia o molesta in modo da ingenerare un fondato timore per l'incolumità non solo della vittima ma anche di una persona legata alla vittima da relazione affettiva. Il 2° comma prevede un'aggravante comune se il fatto è commesso dal coniuge legalmente separato o divorziato “o da persona che sia stata legata da relazione affettiva”. La differenza va individuata nell'uso temporale delle due formule: al presente nel comma primo, e al passato nel secondo comma; nel primo caso se ne deve dedurre che la relazione affettiva sia ancora in corso al momento delle minacce o delle molestie (si rifletta sull'inciso ‘legata da relazione affettiva’), mentre nel secondo caso la relazione è terminata (la disposizione reca ‘sia stata legata da relazione affettiva’). Da questa lettura discendono, però, conclusioni alquanto diverse e, per alcuni aspetti, stravaganti: il semplice atto di separazione, ad esempio, comporta un regime sanzionatorio più grave nonostante l'identità dei fatti; non si comprende per quale ragione il mero atto di separazione o divorzio – che nulla aggiunge sul piano dell'offensività della condotta – possa comportare un trattamento diverso, certamente non consentito dalle disposizioni costituzionali⁶¹.

2.3

GLI ATTI PERSECUTORI: TRA DANNO E PERICOLO

Ulteriori motivi di insoddisfazione derivano dalla scarsa chiarezza e dalla conseguente ricostruzione della figura delittuosa in esame come reato di danno. In un precedente scritto abbiamo evidenziato la natura di reato di pericolo della fattispecie di cui all'art. 612-*bis* c.p.⁶²; a questa conclusione siamo pervenuti riflettendo sull'uso dei verbi (cagionare, ingenerare, costringere) tutti all'infinito e preceduti dalla locuzione ‘in modo da’, con conseguente anticipazione dell'intervento penale ancorato al pericolo. Invero, il legislatore, non sanziona chiunque, con condotte reiterate, minaccia o molesta ‘cagionando’ uno stato di ansia, oppure, ‘ingenerando’ un fondato timore o, ancora, ‘costringendo’ la vittima ad alterare le proprie abitudini di vita; né, tanto meno, punisce chiunque con condotte reiterate ‘cagiona’, ‘ingenera’, ‘costringe’ – come ad esempio, in quest'ultimo caso, nel delitto di violenza privata – ma si accontenta di una condotta prodromica, a cagionare, ingenerare, costringere. In altre parole, dalla norma si ricava il

60. I passi tra virgolette sono di RONCO, *Le interazioni*, cit., p. 817 ss.

61. Com'è noto il legislatore, nell'ambito di una lunga serie di interventi per contrastare la violenza sulle donne, ha, recentemente, modificato anche l'art. 612-*bis*; il comma 3 dell'art. 1 del d.l. n. 93/13 relativamente agli atti persecutori stabilisce: “a) al secondo comma le parole: “legalmente separato o divorziato” sono sostituite dalle seguenti: “anche separato o divorziato” e dopo le parole: “alla persona offesa” sono aggiunte le seguenti: “ovvero se il fatto è commesso attraverso strumenti informatici o telematici”. Dunque, il legislatore ha sostituito il termine ‘legalmente’ con la congiunzione ‘anche’; pertanto, risulta ampliata la portata della fattispecie non essendo richiesto – come in passato – uno specifico atto di separazione o divorzio. In sostanza, prima della modifica, l'aumento di pena di cui al secondo comma dell'art. 612-*bis* scattava nei confronti del coniuge legalmente separato o divorziato; la norma poteva essere letta nei seguenti termini: “La pena è aumentata se il fatto è commesso dal coniuge *solo se* legalmente separato o divorziato”. Attualmente, invece, con l'inserimento della particella aggiuntiva ‘anche’ l'aumento di pena si applica in ogni caso al coniuge, *anche se* (con valore di altresì, ugualmente, per di più) separato o divorziato.

In verità l'innovazione appare irrilevante se si riflette sul dato per cui la disposizione contro gli atti persecutori prevede, nel medesimo comma, la locuzione “o da persona che sia stata legata da relazione affettiva alla persona”. La formula appena richiamata è in grado di abbracciare, generalmente, ‘anche’ le ipotesi di persona separata o divorziata, a meno che non si pensi ad un matrimonio, ad una convivenza o ad una relazione, priva di qualunque affezione ...

62. In proposito ci sia permesso richiamare il nostro, *Una nuova figura*, cit., p. 479 ss.; Diversamente è stato sostenuto, cfr. ad esempio BRICCHETTI-PISTORELLI, *Sulla circostanza aggravante dell'omicidio c'è il rischio di interpretazioni forzate*, in *Guida dir.*, 2009, 19, p. 45, che il delitto si perfeziona con la verifica di uno degli eventi descritti dalla fattispecie, e cioè la causazione del perdurante e grave stato di ansia o di paura ovvero del fondato timore per l'incolumità o la costrizione all'alterazione delle abitudini di vita. Ugualmente cfr. MACRÌ, *Stalking: perdurante e grave stato di ansia e di paura e sindrome del molestatore assillante*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 9, p. 1779.

disinteresse per l'insorgenza dello stato di ansia o di paura perché l'intervento punitivo risulta anticipato, e fondato, sulla semplice minaccia o molestia idonea a cagionare un determinato stato di ansia o paura.

La giurisprudenza, invece, si è orientata, sin dalle prime decisioni, in termini diversi sostenendo che la fattispecie in esame rientrasse nella categoria dei reati di danno.

Recentemente, però, va affermandosi l'ennesimo cambiamento di rotta secondo cui: "in tema di atti persecutori, non è richiesto, perché si configuri il reato, che specifico fine della volizione sia anche l'evento di danno, essendo sufficiente la possibilità di fondatamente prevederlo come conseguenza del proprio continuativo agire sulla psiche della propria vittima"⁶³. Ancor prima la giurisprudenza di merito aveva ricostruito la figura delittuosa in commento come "un vero e proprio reato ostacolo, volto a tutelare in via anticipata beni giuridici ulteriori rispetto alla tranquillità psichica, quali la libertà di autodeterminazione sessuale, l'integrità fisica e la vita"⁶⁴.

Come si vede si assiste ad una lunga serie di questioni dommatiche che hanno dato vita a continui ondeggiamenti della giurisprudenza, con tutte le conseguenze che le decisioni contraddittorie recano sul piano della giustizia sostanziale.

Alle osservazioni appena svolte se ne aggiunge ancora un'altra che attiene alla fattispecie soggettiva. Infatti, se ai fini della configurabilità degli atti persecutori è sufficiente il dolo generico, inteso come il "rappresentarsi gli effetti psicologici concretamente realizzati"⁶⁵, diviene difficile all'agente individuare la realizzazione di un evento non sufficientemente determinato dal legislatore.

3

L'ELUSIONE DEL PRINCIPIO DI DETERMINATEZZA-TASSATIVITÀ

Vistose, dunque, a nostro sommo avviso, le aporie della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 612-bis c.p., con riferimento al principio di determinatezza-tassatività dell'illecito penale.

In questa sede ci sia consentito, senza richiamare le tante implicazioni che discendono dal principio di tassatività, evidenziare due aspetti di fondamentale rilevanza: il primo è che esso rappresenta una delle acquisizioni fondamentali della cultura dello stato di diritto nel senso che in un sistema codificato la caratteristica essenziale è data proprio dal rispetto della legalità e, quindi, dalla precisione delle sue disposizioni; il secondo scaturisce dalla considerazione che la rilevanza del principio di determinatezza-tassatività scontata in dottrina e sul piano dei principi fondamentali, "non ha trovato adeguato riscontro nella concreta produzione legislativa; sin da quando, con Beccaria e Filangieri, la sua significatività per un sistema penale vicino alle ragioni dell'uomo si rivelò con un'evidenza palmare e fu universalmente riconosciuta, dallo stesso momento è possibile affermare che le sue concrete implicazioni furono in maniera pressoché costante disattese". Anche il recente provvedimento finisce per uniformarsi a quel *trend* che connota la legislazione penale complementare, orientandola verso un diritto penale dell'indeterminatezza.

Il corretto funzionamento del sistema penale, invece, 'obbliga' il legislatore ad emanare norme in linea con le implicazioni costituzionali e, dunque, a predisporre fattispecie in grado di far proprie le esigenze di chiarezza e precisione secondo quanto previsto dagli artt. 13 co. 2, 25 co. 2 e 3, 27 co. 1 Cost., da cui discende, attraverso un'interpretazione sistematica, la costituzionalizzazione del principio di determinatezza-tassatività dell'illecito penale.

Alle norme costituzionali appena richiamate si può aggiungere, a nostro avviso, l'art. 54 co. 1, che dispone: "tutti i cittadini hanno il dovere di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la costituzione e le leggi"; per cui, non si può essere 'fedeli' alle leggi se

63. Cass., sez. V, 23 gennaio 2012, n. 8641, F., in *DeG*, 2012, p. 34.

64. Trib. Salerno, 19 ottobre 2011, in *Dejure*.

65. Cass. pen., sez. V, 12 gennaio 2010, n. 11945, cit.

le stesse non riescono ad essere immediatamente comprese e assimilate dai destinatari; non si può essere ‘osservanti’ delle leggi – anche di quelle che configurano fattispecie di reato (il termine “leggi” di cui alla disposizione costituzionale concerne ogni statuizione e quindi anche le norme incriminatrici del codice penale) – se esse non sono formulate in modo chiaro e redatte con termini univoci e tassativi, in grado di specificare, si ribadisce, senza alcun fraintendimento il divieto penale comprensivo anche del risultato che si vuole evitare.

In altri termini, quando la prescrizione prevede, per la sua infrazione, come naturale conseguenza una misura limitativa di diritti fondamentali inviolabili (art. 13 Cost.) sorge l’obbligo primario per colui che emette il divieto, quanto meno di redigerlo nel modo più chiaro possibile; evitando il ricorso a concetti estremamente farraginosi e complessi e, quindi, evitando di trasportare sul terreno penalistico la tecnica normativa propria di altre scienze e nel caso di specie delle scienze medico-psichiatriche. Del resto, la stessa Corte costituzionale con la storica sentenza n. 364/88 ha avuto modo di rimarcare la necessità che il precetto normativo sia pienamente conoscibile da parte dei consociati, assegnando, altresì, allo Stato precisi doveri di informazione. Al riguardo è appena il caso di sottolineare il fatto che gli artt. 73 e 54 Cost. giocano un ruolo decisivo. Il primo, attraverso l’obbligo di promulgazione e, soprattutto, di pubblicazione, è finalizzato, appunto, a rendere possibile la conoscibilità del divieto da parte della collettività. L’art. 54, disciplinando il dovere di fedeltà alla Repubblica e di osservarne le leggi (co. 1°) presume assolto, in favore dei consociati, il presupposto della conoscibilità del precetto normativo.

Ancora, il principio di determinatezza-tassatività si pone come momento essenziale nella strutturazione dell’illecito e interagisce con tutte le categorie dommatiche del reato; d’altro canto, non meno rilevanti sono i riflessi in tema di funzione della pena⁶⁶ e sul piano processuale. Con la fattispecie di cui all’art. 612-bis c.p., siamo ben lontani dall’impostazione feuerbachiana – di estrema attualità nonostante gli oltre due secoli trascorsi – secondo cui il legislatore non può sottoporre a pena ciò che in concreto non può essere completamente provato⁶⁷.

In particolare locuzioni come “condotte reiterate”, “perdurante e grave stato di ansia o di paura”, “fondato timore”, “relazione affettiva” risultano inficcate da palese vaghezza, genericità e indeterminatezza, che coinvolge oltre alla condotta anche l’evento⁶⁸; l’indeterminatezza dell’evento determina l’indeterminatezza e l’improbabile realizzazione di condotte tipiche⁶⁹.

Da tali fattispecie discende il fondato rischio – come abbiamo cercato in qualche modo di porre in risalto – di pervenire a decisioni contraddittorie, che finiscono per vanificare tutte le finalità costituzionali riconosciute alla pena, in particolare effetti significativi si hanno sul piano della prevenzione, speciale e generale, negli aspetti positivi e negativi. Ma anche in rapporto all’integrazione sociale⁷⁰ – comprensiva delle componenti positive della prevenzione speciale e generale – che rappresenta un fondamentale parametro di valutazione dell’efficienza del sistema penale, la nuova fattispecie di cui all’art. 612-bis c.p. non convince.

La punibilità per violazioni sfuggenti e incomprensibili, a cui fa seguito un intervento durissimo sul piano delle sanzioni, possono giustificarsi solo per il privilegio

66. Più in generale sul punto cfr. BELING, *Il significato del principio “nulla poena sine lege poenali” nella determinazione dei concetti fondamentali del diritto penale*, in *Giust. pen.*, 1931, p. 319 ss.

67. Cfr. FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, I Teil, Erfurt, 1799.

68. Sui profili della tassatività in relazione all’evento cfr. MOCCIA, *La ‘promessa non mantenuta’. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, *passim*.

69. In tal senso cfr. CAVALIERE, *L’offensività nella relazione e nel progetto preliminare della Commissione Grosso per la riforma del codice penale*, in AA. VV., *La riforma continua*, a cura di S. Moccia, Napoli, 2002, p. 269.

70. Sulla pena come integrazione sociale per tutti cfr. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992, p. 17 ss. Per un approfondito studio sui modelli di pena, nell’ottica storica e nell’esperienza contemporanea, cfr. RONCO, *Il problema della pena*, Torino, 1996, p. 5 ss.

accordato a momenti di prevenzione generale negativa e, quindi, funzionali alla valorizzazione di effetti di intimidazione. Una tale impostazione, è ovvio, non può accogliersi, perché viola le disposizioni costituzionali (art. 27 co. 1 e 3).

Innanzitutto, deve rilevarsi che la mera ricerca di effetti di intimidazione è inaccettabile almeno per due diversi ordini di ragioni.

Si tratta di argomentazioni ben note ma che non è superfluo rievocare alla luce della costante opera di svalutazione; in primo luogo, i principi costituzionali in tema di finalismo rieducativo della pena (art. 27 co. 3°) così come quelli relativi alla personalità della responsabilità penale (art. 27 co. 1°), alla ragionevolezza (art. 3) alla tutela della dignità umana, impediscono che nell'attuale ordinamento l'effetto di intimidazione possa andare al di là di quello che è naturalmente connesso alla posizione di una norma penale ed alla semplice inflizione di una pena. In altri termini, il riferimento all'intimidazione è pertinente solo se inteso come risultato naturale che si verifica sul piano generale ogni volta che la norma prevede per la sua infrazione una sanzione penale.

Il disposto costituzionale: "le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato", mal si concilia con previsioni sanzionatorie tese ad esaltare prospettive di mera deterrenza e che, oltre a violare il principio dell'integrazione sociale e quindi del libero sviluppo della personalità, risultano particolarmente lesive in rapporto alla tutela della dignità dell'uomo⁷¹. Il reo – come ribadito anche nella sentenza n. 364/88 della Corte costituzionale – diverrebbe esclusivo strumento per l'intimidazione altrui e l'entità del provvedimento dipenderebbe in larga misura da considerazioni attinenti al pericolo di fatti illeciti perpetrati da altri soggetti; in contrasto, quindi, anche, con il principio di personalità della responsabilità penale (art. 27 co. 1 Cost.).

Sul piano della funzione della pena, è di fondamentale importanza che il reo conosca, chiaramente, prima della commissione del fatto quale era il comportamento vietato (art. 27 co. 3 Cost.).

E, ancora, fattispecie vaghe e indefinite possono dar vita ad affermazioni, dubbie sul piano costituzionale, del diritto 'del caso per caso', con conseguente violazione del principio fondamentale della certezza del diritto, a tacere delle sperequazioni sul piano sostanziale (art. 3 Cost.). La determinatezza-tassatività, all'interno del principio di legalità contribuisce, infatti, al raggiungimento di un duplice ordine di scopi: certezza delle norme e limitazione dell'arbitrio del giudice⁷².

Il principio della certezza del diritto, e le esigenze di trattamento egualitario, escono ancora una volta mortificate da una legislazione inficiata, se non altro, da un preoccupante diletterismo tecnico.

Del resto, norme indeterminate, connotate dalla rarefazione del sostrato empirico-materiale, dalla sovrabbondanza di elementi normativo-valutativi a forte pregnanza simbolica, finiscono per limitare le possibilità probatorie dell'accusato; e sotto questo profilo l'art. 612-bis c.p. pone in essere anche una chiara violazione del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. Maggiormente quando sull'intero accadimento e sul connesso accertamento 'aleggia' il principio del libero convincimento del giudice; "assioma potente, magico in varie accezioni del vocabolo. Di penetrante, indicibile intensità, indecomponibile già in sé è l'atto evocato, il convincersi, *judicare in facto*, 'decidere', che spesso ritorna 'con le vesti di principio di conservazione; di non dispersione del sapere; d'irrinunciabili, superiori scopi; di principio della difesa sociale; di indefettibilità del potere punitivo; di funzione conoscitiva del processo e simili'"⁷³.

71. Sulle connessioni e sulle relative problematiche tra funzione della pena e dignità della persona cfr. RONCO, *Il significato retributivo-rieducativo della pena*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 137 ss.

72. In tal senso cfr. MOCCIA, *Lo statuto penale della Corte penale internazionale: i profili della legalità*, in AA. VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, *Teoria del diritto penale criminologia e politica criminale*, a cura di E. Dolcini - C.E. Paliero, Milano, 2006, p. 492.

73. Così, limpidamente, NOBILI, *Storie d'una illustre formula: il "libero convincimento" negli ultimi trent'anni*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, 1-2, p. 71 ss.

L'individuazione della corretta portata del principio di determinatezza-tassatività ha ricevuto un fondamentale apporto dalla Corte Costituzionale con la storica decisione in materia di plagio (sent. n. 96/1981). Si tratta di passaggi ben noti, ma l'andamento della recente legislazione penale e la conseguente applicazione giurisprudenziale fanno passare in secondo ordine il rischio di ripetitività.

Nel dichiarare incostituzionale l'art. 603 c.p., il 'giudice delle leggi', è noto, pone, limpidamente, in risalto il ruolo del principio di tassatività dell'illecito penale rimarcando come "onere della legge penale sia quello di determinare la fattispecie criminosa con connotati precisi in modo che l'interprete, nel ricondurre un'ipotesi concreta alla norma di legge, possa esprimere un giudizio di corrispondenza sorretto da fondamento controllabile". Tale onere – aggiunge la Corte – richiede una descrizione della fattispecie astratta sia pure attraverso espressioni indicative o di valore (e in proposito vengono richiamate le decisioni nn. 21/1961 e 191/1970) e risulta soddisfatto fintantoché nelle norme penali vi sia riferimento a fenomeni la cui possibilità di realizzarsi sia stata accertata in base a criteri che allo stato delle attuali conoscenze appaiono verificabili.

E' facile cogliere come tutto ciò manchi nella fattispecie di cui all'art. 612-bis c.p. che richiama 'entità' quali lo "stato di ansia" oltretutto 'perdurante' e 'grave', la 'paura perdurante', il 'fondato timore' o la 'paura perdurante'; con conseguente violazione del principio costituzionale di cui all'art. 25.

Anche sul punto può essere richiamata la sentenza in tema di plagio ove, con specifico riferimento all'art. 25 Cost., è stato ribadito in primo luogo l'intento di evitare arbitri nell'applicazione di misure limitative di quel bene sommo ed inviolabile costituito dalla libertà personale. Ritene quindi la Corte che, per effetto di tale principio, ricada sul legislatore l'onere di emanare fattispecie incriminatrici connotate da chiarezza e precisione, ai fini della controllabilità della sussunzione del fatto storico che concretizza un determinato illecito e il relativo modello astratto. Pertanto, nella dizione dell'art. 25 che impone espressamente al legislatore di formulare norme concettualmente precise sotto il profilo semantico della chiarezza e dell'intelligibilità dei termini impiegati, deve logicamente ritenersi anche implicito l'onere di formulare ipotesi che esprimano fattispecie corrispondenti alla realtà.

Nel caso degli atti persecutori, com'è stato sostenuto, gli eventi relativi al 'fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto', e, soprattutto, 'il cagionare un grave e perdurante stato di ansia o di paura' si sottraggono a quella verificabilità empirica richiesta dalla Corte costituzionale, a partire dalla sentenza sul plagio, per testare la determinatezza della fattispecie incriminatrice⁷⁴.

Nella stessa ottica può essere richiamata l'altrettanto 'storica' sentenza in materia di *error juris* (n. 364/88).

Anche in questo caso solo qualche richiamo alle ben note considerazioni svolte dai giudici costituzionali che ci aiutano, però, a fugare ogni dubbio sull'esatta portata del principio di determinatezza-tassatività dell'illecito penale.

Nella decisione n. 364/88, i giudici, dopo aver premesso che 'l'assoluta, illuministica certezza della legge sempre più si dimostra assai vicina al mito', richiamano il ruolo da riconoscere agli artt. 2 e 3 Cost. per i quali la Repubblica s'impegna a garantire i diritti inviolabili ed il pieno sviluppo della persona ed a rimuovere gli ostacoli che a tale sviluppo si frappongono. L'eventuale contrasto con le norme appena evocate comporta che: "Qualora i limiti fra il lecito e l'illecito non fossero chiaramente delineati, l'ordinamento, anziché rimuovere i predetti ostacoli, ne costituirebbe esso stesso un esempio vistoso". E, infine: si aggiunge che nelle prescrizioni tassative del codice il soggetto deve poter trovare, in ogni momento, cosa gli è lecito e cosa gli è vietato: ed a questo fine sono necessarie leggi precise, chiare, contenenti riconoscibili direttive di comportamento.

74. Così MANNA, *Il nuovo delitto di atti persecutori e la sua conformità ai principi costituzionali*, in AA. VV., *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Torino, 2010, p. 469 ss.

Nella stessa ottica può essere richiamata un'altra decisione della Corte Costituzionale secondo cui: "Occorre, anzitutto, ricordare che questa Corte ha riconosciuto (sentenze n. 27 del 1961, n. 120 del 1963, n. 44 del 1964, n. 7 del 1965) che il principio di legalità si attua non soltanto con la rigorosa e tassativa descrizione di una fattispecie, ma, in talune ipotesi, con l'uso di espressioni sufficienti per individuare con certezza il precetto e per giudicare se una determinata condotta lo abbia, o meno, violato" (sent. n. 191/70).

Alla luce delle limpide affermazioni svolte dalla Corte costituzionale, non si comprende l'insensibilità del legislatore, e l'ostracismo della giurisprudenza, nel ravvisare l'esatto ruolo da riconoscere al principio di determinatezza-tassatività dell'illecito penale. Anzi, analizzando la recente legislazione sembra quasi che il legislatore, prima, e la giurisprudenza successivamente, abbiano rimosso le conclusioni della Corte costituzionale.

5

IL 'PIROETTISMO' APPLICATIVO E LA SVALUTAZIONE DELLA FUNZIONE NOMOFILATTICA

L'applicazione giurisprudenziale pone in risalto ulteriori problemi; non è questa la sede per addentrarci in questioni di più ampio respiro quali le funzioni della prassi e i rapporti tra *ius constitutionis* e *ius litigatoris*⁷⁵, né tanto meno interrogarsi sulla valenza nel nostro ordinamento del principio di *common law* dello *stare decisis* (o del *binding precedent*)⁷⁶; a noi preme solo evidenziare come la molteplicità delle interpretazioni, finisca per oscurare la funzione nomofilattica assegnata alla Corte dall'art. 65, co. 1, dell'ordinamento giudiziario (r.d. 30 gennaio 1941 n. 12⁷⁷). Si tratta di una funzione riconducibile a fondamentali principi costituzionali⁷⁸, perché solo assicurando, come vuole l'art. 65 "l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge" si garantisce l'eguaglianza dei cittadini (art. 3, co. 1, Cost.) e un'effettiva soggezione del giudice alla legge (art. 101, co. 2, Cost.)⁷⁹.

L'uniforme interpretazione della norma ridonda sul piano dell'uguaglianza di trattamento dei cittadini di fronte alla legge, sicché la nomofilachia è diretta espressione del principio di cui all'art. 3 Cost.⁸⁰. In altri termini, l'art. 65 dell'Ord. Giud. attribuisce la funzione nomofilattica alla Corte di cassazione fino a prevedere nel caso di decisioni in contrasto l'intervento delle Sezioni unite per mettere fine alle incertezze ermeneutiche. La decisione di queste ultime costituisce una sorta di annuncio implicito di giurisprudenza futura determinante affidamento per gli utenti della giustizia in generale e per il cittadino in particolare: in tale ipotesi la funzione nomofilattica ha un peso dominante su altri valori e le altre Sezioni semplici, come i singoli giudici, devono prenderne atto⁸¹.

75. Pone il risalto il dato che la Cassazione è giudice dello *ius constitutionis* e dello *ius litigatoris*, anche se nella maggior parte dei casi è giudice solo dello *ius litigatoris*, LATTANZI, *La Cassazione penale tra lacune legislative ed esigenze sovranazionali*, in *Cass. pen.*, 2012, 10, p. 3243 ss.

76. Più in generale sul tema cfr. ANZON, *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi*, Milano, 1995; CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 1999; CARBONE, *Funzioni della massima giurisprudenziale e tecniche di massimazione*, in *Pol. dir.*, 2005, p. 135; Cocco (a cura di), *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, Padova, 2005; EVANGELISTA-CANZIO, *Corte di Cassazione e diritto vivente*, in *Foro it.*, 2005, V, c. 82; MARINELLI, *Precedente giudiziario*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, VI, Milano, 2002, 871; MAZZAMUTO, *Certezze e prevedibilità: nuove frontiere della nomofilachia e tentativi di 'enforcement' del precedente*, in *Pol. dir.*, 2003, p. 157; RORDORF, *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 2006, V, c. 279.

77. R.D. 30 gennaio 1941, n. 12, *Ordinamento giudiziario*, art. 65. Attribuzioni della corte suprema di cassazione. – La corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni; regola i conflitti di competenza e di attribuzioni, ed adempie gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge (co. 1).

78. Secondo un illustre Autore, cfr. PIZZORUSSO, *Corte di cassazione*, in *Enc. Giur. Trec.*, vol. IX, Roma, 1988, p. 1 ss., la Costituzione recepisce il "sistema cassazione", ma non nel senso di limitarsi al modello tratto della legislazione preesistente, munendolo di copertura costituzionale. A tale interpretazione osta non solo la VI disposizione transitoria che rinvia ad una futura legge sull'ordinamento giudiziario, ma soprattutto l'opzione costituzionale verso un organo giudiziario qualificato dalla ricorribilità per cassazione, secondo il modello francese, che abbia come funzione peculiare quella dell'esercizio della nomofilachia invece che quella, privilegiata nella legge (r.d. n. 12 del 1941) sull'ordinamento giudiziario, di vertice del sistema delle impugnazioni.

79. Cfr. LATTANZI, *La Cassazione penale tra lacune*, cit., 3243 ss.

80. Per la valorizzazione della funzione nomofilattica della Corte di cassazione, cfr. recentemente, Corte cost., 11 aprile 2008, n. 98, Corte A. Brescia e altre C. Pres. Cons., in *Giust. civ.*, 2008, 5, I, p. 1098; sull'attività nomofilattica, della Corte di cassazione, di porre rimedio agli errori di fatto delle sentenze di legittimità, cfr. Cass. pen., sez. VI, 6 dicembre 2001, Galletta e altro, in *Giur. it.*, 2002, p. 2571.

81. Cfr. Cass. pen. sez. III, 23 febbraio 1994, Di Chiara, in *Cass. pen.*, 1995, p. 1264; in *Giust. pen.*, 1995, II, p. 159; in *Riv. pen.*, 1995, p. 457; in *Mass. pen. cass.*, 1994, 10, p. 61.

Non va dimenticato, inoltre, che proprio per far fronte alla cosiddetta crisi della funzione nomofilattica il legislatore è intervenuto con il d. lgs. n. 40/06 recante: “Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato”⁸². Seppure nell’ambito del diritto civile il legislatore ha cercato di farsi carico del problema impedendo alle Sezioni semplici di discostarsi da quanto stabilito dalle Sezioni unite, se non rimettendo motivatamente la questione problematica ad una nuova pronuncia delle stesse, come disciplinata dall’art. 374 del c.p.c.

La Corte di Cassazione, dunque, anche come giudice del ‘precedente’, rivela la sua utilità e funzione di indirizzo solo se il ‘principio di diritto’, disancorandosi dalla concretezza del caso individuale oggetto del ricorso risolto sulla base del principio affermato, assurge a tipo o paradigma di fattispecie; in tal modo la decisione svolge un ruolo di guida nell’interpretazione uniforme del diritto e di (tendenziale) sintesi coerenziatrice nella formazione del ‘diritto vivente’⁸³.

La giurisprudenza di merito prima e, soprattutto, quella di legittimità, regolando di volta in volta l’interpretazione della legge sul singolo caso, perviene a una serie di affermazioni tra loro contrastanti, che proprio perché tali non possono elevarsi al rango di ‘principi di diritto’, in grado di porsi in termini di sicuro precedente e fungere da regola per risolvere le questioni esegetiche. Un tale stato di cose pone in risalto, com’è stato autorevolmente segnalato, “la crisi del giudizio di cassazione”; lo dimostra del resto: “La qualità giuridica delle decisioni della Corte (che) non è sempre soddisfacente e il numero eccessivo dei contrasti di giurisprudenza lascia sconcertati. Se è vero infatti che entro certi limiti i contrasti sono fisiologici e concorrono, con lo sviluppo dialettico della giurisprudenza, alla formazione del diritto vivente, è anche vero che quando eccedono la fisiologia essi indicano difetti di funzionamento e costituiscono la negazione evidente del ruolo nomofilattico della Corte”⁸⁴.

E proprio quando la legge presenti profili di genericità che si avverte il bisogno di percorsi giurisprudenziali costanti, idonei a ‘regalare’ alla fattispecie incriminatrice quelle caratteristiche di precisione negate da un legislatore, a dir poco, inadeguato.

Invece, all’anarchia legislativa si è sostituita una babele giurisprudenziale.

6

LEGISLATORE E PRASSI: IL SILENTE ‘PATTO’ PER LA RIESUMAZIONE DEL ‘DIRITTO PENALE D’AUTORE’

La recente legislazione penale, e con essa la fattispecie di cui all’art. 612-*bis* c.p., conferma quella tendenza in atto da qualche tempo di un progressivo abbandono del diritto penale del fatto, come quello nostro di derivazione costituzionale, verso un diritto penale incentrato sulla pericolosità – a volte solo ipotetica – dell’autore⁸⁵. Quest’ultimo risulta meritevole della sanzione penale per la semplice violazione della norma protesa alla salvaguardia di entità inafferrabili, la cui formulazione si pone in netta antitesi con i principi costituzionali, primo fra tutti quello di stretta legalità. Non è neppure il caso di accennare al ruolo ricoperto dalla ‘legalità’ nel nostro ordinamento, tanto è nota la sua rilevanza; ci basti ricordare, come è stato recentemente sottolineato, che essa si radica “profondamente fra i principi che connotano un regime democratico e che, non a caso, è il primo che viene ‘inciso’ con l’avvento dei regimi dittatoriali. Da qui il necessario collegamento da porsi fra l’art. 25, comma 2, e l’art. 13 Cost., ove non a caso la limitazione della libertà personale incontra due vincoli, di cui l’uno è rappresentato proprio dalla legalità”⁸⁶.

82. Com’è stato segnalato da LUPO, *La Corte di Cassazione nella Costituzione*, in *Cass. pen.*, 2008, 11, p. 4444 ss. Non è questa la sede per stabilire se il legislatore sia riuscito a conseguire effettivamente l’obiettivo propositosi, e cioè una disciplina del giudizio civile di cassazione idonea a realizzare la funzione di nomofilachia – la constatazione che detta funzione, ritenuta così attuale dal legislatore del 2005-2006, è proprio quella che la Costituzione ha voluto mantenere alla Corte di cassazione.

83. Cfr. CANZIO, *L’individuazione e la definizione del “precedente”: il ruolo del Massimario*, in *Corte Suprema di Cassazione*.

84. Cfr. LATTANZI, *Cassazione o terza istanza?*, in *Cass. pen.*, 2007, 3, 1369.

85. Attraverso un’approfondita indagine, implementata da un ricco dato di tipo empirico, ricostruiscono anche il diritto penale complementare nei termini di diritto penale d’autore, BERTACCINI-PAVARINI, *L’altro diritto penale*, Torino, 2004, p. 69 ss.

86. Cfr. recentemente MANNA, *Disequilibri fra poteri dello Stato*, cit., 1244.

Né, tanto meno, si vogliono indagare le cause di un tale meccanismo, ma non è attraverso l'aggiramento dei principi costituzionali seppur giustificato sull'esigenza – spesso solo presunta – di assicurare una maggiore tutela alla collettività, che legislatore e prassi svolgono, efficacemente, il proprio ruolo.

In altri termini, quando il 'sistema' finisce per restringere, in modo del tutto incomprensibile e ingiustificato, gli spazi di libertà e, quindi, finisce per limitare i diritti fondamentali della persona, è lo stesso apparato che dà segni di disfaccimento. Ed è una crisi difficile da fronteggiare perché l'attacco avviene dall'interno, ad opera, cioè, degli stessi soggetti istituzionalmente chiamati a salvaguardare proprio l'efficienza del complesso ordinamentale e, dunque, i diritti della persona.

A fronte di un legislatore incapace di emanare norme coerenti con la Carta fondamentale – dalla quale discende, va ribadito ancora una volta, un diritto penale del fatto – c'era da augurarsi un'applicazione giurisprudenziale meno autoreferenziale, ma più attenta al corretto funzionamento del sistema penale, abbandonando prese di posizioni del tutto asistematiche. E la sistematica, non va dimenticato, rappresenta un elemento fondamentale del diritto penale; il termine 'sistematico' esprime la ricerca costante di unitarietà e coerenza all'interno di un dato settore e, nel nostro caso, in ambito penalistico.

Anche la fattispecie in tema di atti persecutori s'iscrive a pieno titolo nell'ambito di quella legislazione sulla sicurezza i cui palesi limiti sono stati diffusamente evidenziati dalla dottrina.

Ipertrofia penalistica – per fatti già ampiamente sanzionati con conseguenti ulteriori problemi di cd. tipicità doppia o plurima⁸⁷ che scaturiscono proprio dall'artificiale, casistica, proliferazione di fattispecie identiche⁸⁸ – e simbolismo repressivo⁸⁹, spiegano anche il continuo ricorso a urlate formule roboanti: "carcere duro", "mano pesante", "più carcere", "pugno di ferro", ormai diventate lessico diffuso, e di cui si è impadronito il legislatore, senza alcuna differenziazione ideologica. Una sicura dimostrazione si è avuta con il trattamento degli immigrati. La formula "tolleranza zero"⁹⁰ sintetizza la nuova panacea; ed, allora, 'tolleranza zero' verso tutto ciò che pone in discussione quell'impostazione, tanto discutibile quanto pericolosa, di *law and order*⁹¹. E' già stato evidenziato il dato secondo cui l'ipertrofia penalistica trova il suo *humus* nella concezione promozionale del diritto penale, che presenta una spiccata sintonia con le coordinate di uno Stato autoritario⁹².

Si assiste, pertanto, ad una sorta di corto circuito dell'attuale funzionamento del sistema penale: da un lato il legislatore redige nuove fattispecie che, elidendo i principi costituzionali, finiscono per limitare in modo del tutto ingiustificato i diritti fondamentali della persona; dall'altro la giurisprudenza attraverso la propria azione adeguatrice della norma al singolo caso, finisce per smarrire – come vedremo tra un attimo – un suo ruolo essenziale; entrambi gli attori appaiono proiettati verso la riproposizione di un diritto penale del 'diverso' o a base soggettivistica.

Per quanto concerne l'attività legislativa, la pacata riflessione e, dunque, la ricerca di razionali soluzioni politico-criminali, lascia il campo ad un linguaggio aggressivo

87. Si tratta di un raffinato meccanismo – rinvenibile precedentemente nel codice Rocco – utilizzato dal legislatore repubblicano per ampliare il sistema delle incriminazioni; quest'ultimo risulta strutturato in modo tale da contemplare, per uno stesso comportamento oggettivo, margini larghissimi di pena edittale in base alla norma che il giudice ritiene di applicare. Sul tema già SGUBBI, *Meccanismo di "aggiramento" della legalità e della tassatività nel codice Rocco*, in *Quest. crim.*, 1981, p. 319 ss.

88. Cfr. MOCCIA, *Prolegomeni ad una proposta di riforma del codice penale*, in *Crit. dir.*, 1-2-3, 2006, p. 22.

89. Sui rischi portati, dall'esercizio simbolico della minaccia penale, sul rapporto tra 'penalità minacciata e penalità agita', cfr. PAVARINI, *La "penitenziarizzazione" della giustizia penale*, in AA. VV., *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, a cura di S. Moccia, Napoli, 1998, p. 177.

90. Sulla 'dottrina' della tolleranza zero, cfr. le lucide riflessioni svolte da WACQUANT, *Parola d'ordine: tolleranza zero. La trasformazione dello stato penale nella società neoliberale* (1999), Milano, 2000, p. 12 ss.

91. Sull'utilizzazione, a fini politici, dello slogan 'legge e ordine' diventato "forse il principale *selling point* dei manifesti politici", cfr. BAUMAN, *Modus vivendi. Inferno e utopia nel mondo liquido* (2006), trad. it. di S. D'AMICO, Roma-Bari, 2007, p. 12.

92. In tali termini cfr. MUSCO, *L'illusione penalistica*, Milano, 2004, p. 60.

di tipo esclusivamente sanzionatorio⁹³, infarcito di 'frasi ad effetto' in grado, forse, di riempire le prime pagine dei giornali ma, certamente, inidoneo a risolvere il problema alla radice. Il discorso ufficiale riprende i sentimenti delle vittime⁹⁴ e dei loro familiari; la paura, lo sdegno e la rabbia dell'opinione pubblica, vengono continuamente evocati a sostegno delle nuove politiche repressive⁹⁵. La retorica qualunquista, associata ad immagini di violenza reitera l'esigenza di una legislazione 'forte' e ribadisce il concetto del 'trasgressore della norma penale' come 'problema', come 'piaga' e, ancor di più, come 'minaccia'.

Le scelte di penalizzazione, sostenute ora da un duro regime sanzionatorio, ora intrise di simbolismo-espressivo, assurgono ad entità 'intoccabili', laddove nelle democrazie costituzionali "tutti i poteri incluso quello legislativo sono sottoposti a limiti e a vincoli fondamentali, la cui virtuale ineffettività determina, nella medesima misura, una loro virtuale illegittimità"⁹⁶.

Ma, oltre ai problemi concernenti la tecnica di formulazione delle singole fattispecie, a venire in rilievo è la fantasia del legislatore di concepire nuove (evanescenti) oggettività giuridiche: si pensi al concetto della sicurezza urbana. D'altro canto, il ruolo del bene giuridico, nell'ottica del diritto penale d'autore, vede svalutata la funzione critica o selettiva a tutto vantaggio di quella metodologica; attraverso un'azione di rimodulazione del ruolo, l'oggettività giuridica, risulta valorizzata come mero strumento metodologico nella fase interpretativa⁹⁷. Si colgono, allora, con estrema facilità le torsioni a cui il legislatore sottopone il sistema penale di derivazione costituzionale. Un meccanismo questo del tutto arbitrario perché la Costituzione repubblicana non si limita a stabilire le "forme di produzione del diritto" ma programma altresì i suoi "contenuti sostanziali", mediante la "stipulazione di quelle norme che sono i 'diritti fondamentali': cioè di quei diritti elaborati dalla produzione giusnaturalistica, alle origini dello stato moderno, come 'innati' o 'naturali' e divenuti, una volta sanciti da quei contratti sociali in forma scritta che sono le moderne costituzioni, diritti positivi di rango costituzionale"⁹⁸.

La giurisdizione – per quanto concerne l'altro 'attore' – com'è stato lucidamente già sostenuto, "non è più semplicemente soggezione del giudice alla legge, ma è anche analisi critica del suo significato onde controllarne la legittimità costituzionale"⁹⁹. Ne discende il dato secondo cui la giurisprudenza quando si limita a suffragare acriticamente l'operato del legislatore, o peggio ancora a sostituirsi ad esso, allontanandosi, in tal modo, dal corretto funzionamento dell'ordinamento penale che postula l'effettiva tutela di tutti i soggetti coinvolti nel fatto di reato, smarrisce uno dei suoi compiti fondamentali.

Non rientra in queste brevi riflessioni l'analisi dei rapporti tra funzione politica e funzione giurisdizionale, a noi preme solo evidenziare come la risposta meramente repressiva sia insufficiente a risolvere il grave problema della criminalità. Ancora di più quando la soluzione avvenga attraverso pseudo 'crociate contro il male'. In una tale ottica i principi costituzionale altro non sono che fastidiosi 'intralci' da rimuovere per far fronte all'ennesima emergenza! Si assiste da qualche tempo ad una vera e propria espansione della funzione giurisdizionale le cui cause sono molteplici; ne segnaliamo, fra le tante, solo due: l'ampliamento del penalmente rilevante determina un conseguente ampliamento della sfera di influenza degli organismi giurisdizionali e, pertanto, il

93. Evidenzia PULITANÒ, *Tensioni vecchie e nuove sul sistema penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 9, p. 1077, come la "scala delle cornici edittali" sia andata dispersa, anziché ispirarsi ad un coerente sistema di valutazioni di gravità in termini di meritevolezza e bisogno di pena.

94. Le vittime della criminalità violenta sono chiamate ad assicurare un volto pubblico alla legittimazione della guerra alla criminalità, in tal senso cfr. SIMON, *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, (Oxford 2007), Milano, 2008, p. 98.

95. Per ulteriori approfondimenti cfr., sul tema, GARLAND, *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo* (2001), tra. it. di A. Ceretti-F. Gibellini, Milano, 2007, p. 69 ss.

96. Cfr. FERRAJOLI, *Principia juris. Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, p. 912.

97. Per un esaustivo quadro d'insieme delle 'vicende' della teoria del bene giuridico, cfr. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974, p. 55 ss.

98. Così FERRAJOLI, *La democrazia costituzionale*, in Vulpiani (a cura di), *L'accesso negato. Diritti, sviluppo, diversità*, Roma, 1988, 56 ss.; sul punto v. anche BOVERO, *Diritti e democrazia costituzionale*, in FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, Roma-Bari, 2001, p. 235 ss.

99. Così FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., 20.

processo penale prende il posto della decisione extrapenalistica; l'accresciuta partecipazione del giudice alla creazione della legge¹⁰⁰ da cui discende il pernicioso effetto del giudice 'alleato' del legislatore.

Non può meravigliare, allora, una recente decisione dei giudici di legittimità con la quale è stata rigettata una mozione di illegittimità costituzionale concernente alcuni profili dell'art. 612-*bis* c.p.¹⁰¹.

7

UNA GEREMIADE DEI 'PRINCIPI'?

L'andamento sempre più irrazionale della recente legislazione penale nel settore della sicurezza pubblica, e con essa il rigore sanzionatorio in termini di esemplarismo punitivo, ci inducono a ritornare su alcuni concetti – ritenuti patrimonio giuridico acquisito – ma forse troppo frettolosamente dimenticati e, sostanzialmente, abiurati.

In una prospettiva di razionalizzazione dell'azione statale, appare essenziale un ritorno ai principi costituzionali; questi ultimi – va ribadito con estrema decisione – non sono una *pruderie* da intellettuali, ma rappresentano i cardini dello Stato di diritto.

Qualunque intervento di tipo penalistico, allora, va esaminato, senza aprioristiche prese di posizione, tenendo presente il dato normativo costituzionale; quest'ultimo delinea, a chiare lettere, un sistema di valori che, nella misura in cui vincola il legislatore, fornisce, parallelamente, alle scelte punitive un fondamento 'ontologico' inattaccabile. In altri termini, l'intervento penale che si muove in sintonia con le direttive di cui alla Carta fondamentale risulta legittimato "nella misura in cui si riesce ad armonizzare la sua necessità per il bene della società con il diritto, anch'esso da garantire, del soggetto al rispetto dell'autonomia e della dignità della persona"¹⁰².

Va ribadito, ancora, il dato secondo cui il principio di legalità segna la fine della "presunzione aprioristica di validità del diritto esistente"; invero, in un ordinamento che all'apice pone una costituzione rigida affinché una norma sia valida "non basta che sia emanata nelle forme predisposte per la sua produzione, ma è anche necessario che i suoi contenuti sostanziali rispettino i principi e i diritti fondamentali stabiliti nella costituzione"¹⁰³. Pertanto, non solo la produzione del diritto, ma anche le scelte con cui questa viene progettata vengono positivizzate da norme giuridiche, ed anche il legislatore viene sottomesso alla legge. "Sicché la legalità positiva dello Stato costituzionale di diritto ha cambiato natura: non è più solo (mera legalità) condizionante, ma è essa stessa (stretta legalità) condizionata da vincoli anche sostanziali relativi ai suoi contenuti o significati"¹⁰⁴; in altri termini, com'è stato limpidamente sostenuto, il processo genetico della norma penale trova "il suo solido ancoraggio in un insieme di valori che, proprio perché contenuti nella Carta costituzionale, costituiscono un vincolo e un limite all'arbitrio del legislatore ordinario"¹⁰⁵.

E ciò vale anche per la giurisdizione; le disposizioni costituzionali che contemplano diritti fondamentali, sono 'norma e limite' tanto per il legislatore quanto per i funzionari

100. Cfr. PIZZORNO, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Roma-Bari, 1998, 4.

101. Cfr. Cass. pen. sez. V, 13 giugno 2012, n. 36737, in *Dejure*. La Corte di cassazione ha dichiarato manifestamente infondata la questione sollevata, in quanto la disposizione normativa espressa nell'art. 612-*bis* c.p., delinea esaurientemente la fattispecie incriminatrice in tutte le sue componenti essenziali, "giacché il fatto costitutivo del reato assume i connotati dell'antigiuridicità attraverso la realizzazione reiterata di condotte, che, sia pure non definibili preventivamente stante le diverse modalità con cui può concretamente atteggiarsi l'aggressione al bene giuridico tutelato dalla fattispecie incriminatrice, non risultano assolutamente indeterminate, ma, anzi, sono fatte oggetto da parte del legislatore di un elevato grado di determinatezza, dovendo consistere non in generiche minacce e molestie, ma solo in quelle che assumono una gravità tale da cagionare nella vittima uno degli eventi alternativamente previsti dalla stessa disposizione normativa, vale a dire 'un perdurante e grave stato di ansia o di paura ovvero da ingenerare un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva ovvero da costringere lo stesso ad alterare le proprie condizioni di vita'". A rileggere le succinte e, per molti versi, pletoriche osservazioni svolte dai giudici di legittimità risalta una contraddizione di fondo tra le riflessioni svolte e le varie decisioni precedentemente richiamate che – come abbiamo visto – si pongono in termini diametralmente opposti. E' anche vero che si tratta di affermazioni *obiter dicta* e, quindi, senza aver affrontato, *ex professo*, le varie questioni di indeterminatezza.

102. Cfr. MOCCIA, *Prolegomeni ad una proposta di riforma del codice penale*, in *Crit. dir.*, 1-2-3, 2006, p. 18.

103. Cfr. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 34.

104. Cfr. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 35.

105. Così MUSCO, *L'illusione penalistica*, cit., p. 57.

chiamati all'applicazione della legge¹⁰⁶.

In altri termini, il ritorno alla legalità costituzionale impone la formulazione di fat-tispecie ossequiose del principio di determinatezza-tassatività, materialità, offensività, ed ancorate ad oggettività giuridiche in grado di comprendere le nuove realtà criminose. Una tale soluzione strutturale è in grado di ristabilire – com'è stato evidenziato seppur in tutt'altro ambito – le condizioni di un dialogo non emergenziale tra chi ha il compito istituzionale di creare la norma e chi, invece, di applicarla¹⁰⁷.

Si tratta di un tema di scottante attualità perché a venire in rilievo è il rapporto tra autorità e individuo, portatore di diritti fondamentali; questi ultimi, è stato rilevato¹⁰⁸, dal momento che ricevono dalla Costituzione la qualifica di 'fondamentali' o 'inviolabili' (salute, libertà personale, libertà di domicilio, di corrispondenza, diritto di difesa), oppure atteggiandosi in quelle situazioni giuridiche non espressamente richiamate (la vita, l'integrità fisica, l'onore, la *privacy*, etc.) possono essere riportati nell'alveo dell'art. 2 che riconosce i diritti inviolabili dell'uomo – come singolo o nelle formazioni sociali – inteso non come formula riassuntiva, dei diritti e delle libertà espressamente previste, ma come 'clausola aperta'¹⁰⁹. In sintesi, l'opzione personalistica di cui all'art. 2 rappresenta "la chiave di volta dell'intero sistema costituzionale" e il "principio che consente di risolvere dialetticamente tutte le antinomie"¹¹⁰.

L'utilizzazione del potere punitivo, pertanto, diviene diritto penale solo quando ad essa vengono poste delle regole con conseguenti limiti e disciplina delle modalità applicative. Senza regole l'esercizio del potere punitivo è unicamente espressione di forza, più o meno mascherata da forme giuridiche come si è verificato nei rapporti tra Stato e individuo, prima della rivoluzione illuministica¹¹¹; e proprio quando l'acquisizione, e dunque la difesa, dei diritti fondamentali della persona si è inserita in un processo di affermazione di garanzie individuali, tendenzialmente irreversibile, almeno per l'esperienza socio-culturale occidentale, le cose hanno cominciato a cambiare¹¹².

Ed, allora, la lotta alla criminalità, intesa senza alcuna differenziazione tra economica, organizzata, comune, predatoria e ... persecutoria, non può essere attuata in modo avulso dai principi costituzionali. L'intervento sanzionatorio va attivato verso chiunque ponga in essere fatti connotati da dannosità sociale, tenendo presente esigenze di ragionevolezza e proporzione¹¹³.

Il ricorso a strumenti sanzionatori – e ciò implica, in sintonia con le indicazioni della Carta fondamentale, l'utilizzazione di misure alternative a quelle penalistiche se connotate da maggiore effettività – va posto in essere in linea con tutte le garanzie sostanziali e processuali, anche esse di derivazione costituzionale.

Il settore della sicurezza – nel cui ambito si colloca l'intervento in tema di atti persecutori – si muove in aperta distonia con la legalità costituzionale quando fonda l'intervento repressivo non su di un fatto di reato connotato da dannosità sociale ma sulle qualità personali dell'agente.

106. In tal senso cfr. ER. KAUFMANN, *Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung*, in *Veröffentlichungen der Vereinigungen der Deutschen Staatsrechtslehrer*, (Heft 3, Berlin-Leipzig, 1927), trad. it., *L'uguaglianza dinanzi alla legge ai sensi dell'art. 109 della Costituzione del Reich*, in *Critica della filosofia neokantiana del diritto*, a cura di A. Carrino, Napoli, 1992, p. 80.

107. Cfr. SESSA, *Infedeltà e oggetto della tutela nei reati contro la Pubblica Amministrazione. Prospettive di riforma*, Napoli, 2006, p. 19.

108. Cfr. PATRONO, *Diritto penale dell'impresa e interessi umani fondamentali*, Padova, 1993, p. 27.

109. Sull'art. 2 Cost. come 'clausola aperta' cfr. BARBERA, *Commento all'articolo 2 della Costituzione*, in AA. VV., *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, 1972, p. 66; BARBERA-COCOZZA-CORSO, *La libertà dei singoli e delle formazioni sociali*, in *Manuale di diritto pubblico*, a cura di Amato-Barbera, Bologna, 1991, p. 209; in ambito penalistico cfr. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 176.

Più in generale, per un quadro d'insieme delle posizioni dottrinali sulla portata della disposizioni, da intendersi come clausola aperta ovvero meramente riassuntiva dei doveri analiticamente menzionati nel testo costituzionale, cfr. CRISAFULLI-PALADIN, *Commentario breve della Costituzione*, Padova, 1990, p. 12 ss.

110. Cfr. CRISAFULLI, *Lo spirito della Costituzione*, in *Discorsi e scritti sulla Costituzione*, Milano, 1958, p. 104.

111. Cfr. ad es. FILANGIERI, *La scienza della legislazione* (1784), Paris, 1853, III, XIX, X, p. 176 ss.

112. In tal senso cfr. MOCCIA, *Lo statuto penale della Corte penale internazionale*, cit., p. 487.

113. Sui requisiti di una legislazione razionale ed orientata allo scopo (sussidiarietà, frammentarietà, proporzionalità, meritevolezza di pena), che rende, in uno Stato di diritto, l'intervento penale razionale, minimo ed effettivo, già MUSCO, *L'illusione penalistica*, cit., p. 3.

La legalità costituzionale, invece, non prevede alcuna diversificazione tra soggetti e, soprattutto, non consente alcuna impostazione funzionale a giustificare la penalizzazione del 'diverso' o del 'nemico' – sia esso *stalker*, extracomunitario, *ultras* del calcio, accattone, ecc. – che proprio perché tale “è escluso da alcuni suoi diritti”¹¹⁴. In sostanza il nostro ordinamento non distingue tra *Menschen* e *Untermenschen* quando fa riferimento alla dignità dell'uomo¹¹⁵; la nostra Costituzione pone, come abbiamo precedentemente accennato, la persona umana, senza alcuna differenziazione, all'apice dell'ordinamento¹¹⁶.

Sotto altri profili, lo Stato non può utilizzare le politiche in tema di sicurezza al fine di recuperare l'autorità perduta e il suo ruolo agli occhi della collettività, sanzionando non il 'fatto' posto in essere dall'agente, ma le caratteristiche dell'autore¹¹⁷ – come si è verificato con la previsione dell'aggravante soggettiva di cui all'art. 61 n. 11-bis c.p.¹¹⁸ – con conseguente, grave e ingiustificata, violazione degli artt. 2, 3, 13, 25 co. 2 e 3, 27 co. 1 e 3. Il sistema penale di derivazione costituzionale, incentrato sulla punibilità del disvalore di azione, offensivo di un bene giuridico, non privilegia scelte costruite sulla *Gesinnung*¹¹⁹ o violazioni di regole morali. In sintesi, la nostra struttura ordinamentale, fondata sui principi liberal-solidaristici dello Stato sociale di diritto, non solo obbliga alla costruzione di un diritto penale del fatto¹²⁰, ma rende illegittime norme che diano spazio a prospettive di *Täterstrafrecht* in chiave meramente repressiva¹²¹.

Non è attraverso 'guerre di religione' ancorate a slogan del 'pugno duro' che lo Stato può rivendicare una propria legittimazione, ma, viceversa, facendosi carico di una

114. Cfr. JAKOBS, *Diritto penale del nemico? Un'analisi sulle condizioni della giuridicità*, in AA.VV., *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. Gamberini-R. Orlandi, Bologna, 2007, p. 119; sul diritto penale del nemico, con riferimento al terrorismo internazionale, cfr. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico jus bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, 2008, p. 7 ss; sul punto le ampie riflessioni svolte da PEPINO, *La giustizia, i giudici e il «paradigma del nemico»*, in *Questione giustizia*, 2006, 4, p. 31 ss. Sul diritto penale del nemico cfr. DONINI, *Lo status di terrorista tra il nemico e il criminale: i diritti fondamentali e la giurisdizione penale come garanzia contro, o come giustificazione per l'uso del diritto come arma?*, in AA. VV., *I diritti fondamentali della persona*, cit., p. 85 ss.; CAVALIERE, *Diritto penale “del nemico” e “di lotta”: due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi d'autore, della vigenza dei principi costituzionali*, in *Diritto politico e diritto penale del nemico*, cit., p. 265 ss.

115. Cfr. MOCCIA, *Brevi note in materia di prassi dei diritti fondamentali*, in AA. VV., *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, a cura dello stesso Autore, Napoli, 2009, p. 160.

116. Seppur con riferimento al problema del trattamento dell'immigrazione, la Corte Costituzionale, nell'ambito di un costante orientamento, (cfr. ad es. la sentenza n. 105 del 2001, in *Consulta Online*), ha avuto modo di ribadire il dato secondo cui le garanzie dell'articolo 13 Cost. non subiscono attenuazioni rispetto agli stranieri, in vista della tutela di altri beni costituzionalmente rilevanti.

117. Esaustive in proposito le considerazioni già svolte da MUSCO, *Bene giuridico*, cit., p. 131, che valorizzando il collegamento tra funzione della pena costituzionalmente definita e struttura del reato pone in risalto l'emergere di una concezione teleologica di reato visto “come violazione di beni giuridici all'interno di una struttura in cui c'è posto esclusivamente per un diritto penale del fatto”.

118. Riserve all'aggravante soggettiva di cui all'art. 61 n. 11-bis c.p. venivano, immediatamente, avanzate da autorevole dottrina FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Va ed., Bologna, 2008, *Addenda: d.l. 23 maggio 2008, n. 92 “Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica”, conv. con modificazioni*, in l. 24 luglio 2008, n. 125, p. 3; GIUNTA, *Il reato di immigrazione clandestina*, in *Criminalia*, 2009, p. 387. Sull'illiberalità della norma che “aggrava la responsabilità penale per il fatto di ‘essere’ clandestino, non perché si esiga che la clandestinità abbia favorito, agevolato o reso possibile il reato commesso” DONINI, *Il cittadino extracomunitario, da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. giust.*, 2009, 128; ID., *Il diritto penale di fronte al “nemico”*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 735 ss.; per una vigorosa critica verso una tale impostazione che puniva il migrante in quanto tale e, dunque, non un fatto, ma una condizione personale, cfr. (L.P.) EDITORIALE, *Migranti, nemici, “coatti”*, in *Quest. giust.*, 2009, 4, p. 6. Per un inquadramento della circostanza, nell'ambito di una ampia bibliografia, cfr. GATTA, *Modifiche in tema di circostanze del reato*, in AA. VV., *“Decreto sicurezza”: tutte le novità*, Milano, 2008, p. 27 ss.; PLANTAMURA, *La circostanza aggravante della presenza illegale sul territorio nazionale*, in AA. VV., *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, a cura di S. Lorusso, Padova, 2009, p. 271 ss.; MASERA, *Immigrazione*, in O. Mazza - F. Viganò (a cura di), *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, Torino, 2008, p. 7 ss.; PECCIOLI, *La clandestinità come circostanza aggravante*, in *Dir. pen. proc. – Speciale immigrazione*, 2009, 1, p. 42 ss. L'oggettiva forzatura dei principi costituzionale, posta in essere dall'aggravante della clandestinità, non poteva, infatti, passare inosservata, tant'è che la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale (sent. n. 249 dell'8 luglio 2010) dell'art. 61, numero 11-bis, c.p.

Sulla estraneità dell'art. 61 n. 11-bis c.p. al diritto penale del fatto cfr. PELISSERO, *Lo straniero irregolare tra diritto penale d'autore e diritto penale del fatto: coraggio e self restraint della Corte Costituzionale*, in *Quest. Giust.*, 4, 2010, p. 149.

119. Cfr. ELLScheid-HASSEMER, *Strafe ohne Vorwurf, in Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität*, a cura di Lüdersen-Sack, Frankfurt am Main, 1975, 266; HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München, 1981, p. 223 ss.

120. Nell'ambito di una vasta letteratura, oltre alla più recente manualistica, cfr. M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, p. 8 ss.; MARINUCCI, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano, 1971, p. 173 ss.; BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss. D. It.*, Torino, 1973, p. 82 ss.; PATALANO, *Significato e limiti della dommatica del reato di pericolo*, Napoli, 1975, p. 53 ss.; PADOVANI, *La scelta delle sanzioni in rapporto alla natura degli interessi tutelati*, in AA. VV., *Beni e tecniche della tutela penale*, a cura del Crs, Milano, 1987, p. 90 ss.; MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 121 ss. Nello stesso senso BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *Delitti e pene*, 1985, p. 459, quando fa riferimento al ‘principio della responsabilità dell'atto’.

121. Cfr. MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova, 1988, p. 8.

razionale politica criminale che richiede anche la soluzione delle, seppur non facili, questioni di politica sociale¹²². Le politiche di sicurezza includono anche politiche di prevenzione e repressione della criminalità “ma non si esauriscono in queste. Assumere poi il bene della sicurezza come bene pubblico significa operare per la tutela dei diritti di tutti. La sicurezza non è pertanto un ‘nuovo’ diritto, ma lo stato di benessere che consegue alla tutela dei diritti di tutti”¹²³.

Di estrema attualità il monito, precedentemente avanzato con la solita, mirabile, lucidità, da un insigne Maestro, secondo cui non si vince la battaglia contro la criminalità – il riferimento era espressamente dedicato alla mafia, ma l’affermazione, può essere, a nostro avviso, estesa alla questione criminale, in genere – “se non con una fedeltà intransigente alla legalità costituzionale”¹²⁴, anche se quest’ultima provochi a qualche solerte ‘sacerdote’ della *zero tolerance* sensazioni da ‘orticaria’.

122. Sul nesso tra questione securitaria e crisi del modello dello Stato sociale, cfr. PAVARINI, *Degrado, paure e insicurezza nello spazio urbano*, in *Cass. pen.*, 2009, 2, p. 805 ss.

123. Cfr. PAVARINI, *Paure urbane e nuovi dispositivi di sicurezza*, in AA. VV., *Il diritto municipale*, a cura di R. Acquaroli, Macerata, 2009, p. 29.

124. Cfr. BARATTA, *Mafia: rapporti tra modelli criminologici e scelte di politica criminale*, in AA. VV., *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, a cura di S. Moccia, Napoli, 1999, p. 113.

Il delitto di illecito reingresso dello straniero nel territorio dello Stato e la direttiva rimpatri

Abstract. Il lavoro analizza il delitto di illecito reingresso dello straniero nel territorio dello Stato, che dopo la riforma del 2011 costituisce l'unica fattispecie legata all'irregolarità dell'ingresso o del soggiorno ancora punita con la sanzione detentiva, e sviluppa le ragioni per cui tale reato, contrariamente a quanto ritenuto dalla giurisprudenza della Cassazione, deve considerarsi incompatibile con la direttiva 2008/115/CE (la c.d. direttiva rimpatri), prospettando i termini di un possibile rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea.

SOMMARIO

1. INTRODUZIONE. – 2. IL DELITTO DI ILLECITO REINGRESSO ALL'INTERNO DEL SISTEMA PENALE DI CONTRASTO ALL'IMMIGRAZIONE IRREGOLARE. – 2.1. LE RECENTI VICENDE RIGUARDANTI IN GENERALE LA PUNIBILITÀ DELLO STRANIERO IRREGOLARMENTE SOGGIORNANTE. – 2.2. LA COMUNE EVOLUZIONE DEI DELITTI DI INOTTEMPERANZA ALL'ORDINE DI ALLONTANAMENTO E DI VIOLAZIONE DEL DIVIETO DI REINGRESSO; DALLA LEGGE BOSSI-FINI AI PROFILI DI LEGITTIMITÀ COMUNITARIA PRIMA DELLA SENTENZA EL DRIDI. – 3. LA PACIFICA NON PUNIBILITÀ QUANDO IL REINGRESSO SIA AVVENUTO A DISTANZA DI ALMENO CINQUE ANNI DAL RIMPATRIO. – 4. E' LEGITTIMA LA PREVISIONE DI UNA PENA DETENTIVA PER LO STRANIERO ESPULSO CHE FACCIA IRREGOLARMENTE REINGRESSO IN ITALIA? – 4.1. PREMessa. – 4.2. IL PERCORSO ARGOMENTATIVO DELLA CASSAZIONE. – 4.3. CRITICA. – 4.3.1. LA MANCATA DIFFERENZIAZIONE TRA ILLEGITTIMITÀ DIRETTA ED INDIRETTA DELLA FATTISPECIE PENALE. – 4.3.2. LA "TRASPOSIZIONE AUTOMATICA" DELLE CONCLUSIONI DELLA SENTENZA EL DRIDI AL DELITTO DI ILLECITO REINGRESSO. – 4.3.3. L'APPLICABILITÀ DELLA DIRETTIVA AI CASI DI REINGRESSO IRREGOLARE. – 4.3.4. IL CONTRASTO CON IL PRINCIPIO DELL'EFFETTO UTILE DELL'APPLICAZIONE DELLA PENA DETENTIVA NEI CASI DI ILLECITO REINGRESSO. – 4.3.5. LA DISAPPLICAZIONE DIRETTA DEL DELITTO DI ILLECITO REINGRESSO O IL RINVIO PREGIUDIZIALE ALLA CORTE DI GIUSTIZIA UE. – 4.4. LA QUESTIONE DI COSTITUZIONALITÀ PER VIOLAZIONE DELL'ART. 3 COST. – 5. CONCLUSIONI.

1 INTRODUZIONE

Il delitto di illecito reingresso dello straniero nel territorio dello Stato (art. 13 co. 13 d.lgs. 286/98), che costituisce l'oggetto di questo lavoro, è stato sino a pochi mesi orsono una figura di reato con tutte le caratteristiche per non destare interesse tra gli studiosi di diritto penale. Si tratta infatti di un delitto che appartiene ad un settore, quello del diritto penale dell'immigrazione, di introduzione recente e poco frequentato dalla dottrina, perché considerato di scarso rilievo anche nell'ambito della legislazione penale complementare, avendo come destinatari dei precetti soggetti posti ai margini del vivere civile come gli immigrati irregolari. All'interno, poi, di tale settore, sono state altre le figure di reato che hanno attirato l'attenzione dei commentatori: dal delitto, di frequentissima applicazione giurisprudenziale, di inottemperanza all'ordine di allontanamento (art. 14 co. 5 *ter* d.lgs. 286/98), alla contravvenzione di ingresso e soggiorno irregolare (il cd. reato di clandestinità, art. 10 *bis* d.lgs. 286/98), che tanto spazio ha occupato sulla scena politica e mediatica.

Oggi, però, le cose stanno diversamente. Negli ultimi due anni, dopo la scadenza nel dicembre 2010 del termine di attuazione della cd. direttiva rimpatri (dir. 2008/115/CE) e soprattutto dopo l'intervento della Corte di giustizia nell'aprile 2011 con la sentenza *El Dridi*¹, il diritto penale dell'immigrazione, varcando le soglie della ristretta cerchia degli specialisti, è diventato il terreno principale su cui verificare l'impatto, mai sino ad allora così significativo, del diritto dell'Unione sul sistema penale interno, ed ha infine trovato spazio sulle più prestigiose riviste di diritto penale. All'interno poi del sottosistema di incriminazioni legate alla condizione di irregolarità, il delitto di illecito reingresso, dopo la riforma del Testo unico sull'immigrazione dell'estate 2011², ha acquisito una inedita centralità, essendo rimasta l'unica figura di reato proprio dello straniero irregolarmente soggiornante ancora punita con una (consistente) pena detentiva (reclusione da uno a quattro anni), mentre tutte le altre fattispecie in materia sono oggi punite con la sola sanzione pecuniaria.

Una riflessione sul delitto in questione ci pare, allora, poter rivestire oggi interesse per il penalista, e non solo per lo specialista di diritto dell'immigrazione, almeno sotto un duplice profilo. L'analisi della giurisprudenza relativa a tale delitto permette da un lato di mettere a fuoco alcuni *nuovi problemi in tema di rapporti tra diritto dell'Unione e diritto penale*, che sono emersi proprio nei procedimenti per questa figura di reato; e dall'altro di riflettere su *cosa rimanga*, dopo l'intervento demolitorio della Corte di giustizia UE, dell'*impianto punitivo* centrato sulla pena detentiva per lo straniero irregolare che ha caratterizzato gli ultimi dieci anni di politica criminale a tutela della "sicurezza pubblica".

Questo lavoro è diviso in *tre parti*.

Nella prima, rivolta in particolare al lettore non esperto di diritto dell'immigrazione, collocheremo le vicende relative al delitto di illecito reingresso nella cornice del complessivo apparato sanzionatorio applicabile allo straniero irregolare, cercando di porre in luce le linee essenziali di sviluppo di tale sistema ed il ruolo al suo interno ricoperto dal delitto in esame.

Nella seconda parte, relativa alla giurisprudenza successiva all'intervento della Corte UE, ci concentreremo su una particolare ipotesi di disapplicazione della norma incriminatrice, che un consolidato orientamento ritiene di riscontrare, per contrasto con la disciplina della direttiva, nei casi di illecito reingresso avvenuto dopo cinque anni dal rimpatrio.

Nella terza ed ultima parte, ci occuperemo del profilo più controverso, cioè delle conseguenze da ricavare dalla giurisprudenza della Corte UE relativa all'interpretazione della direttiva rimpatri in ordine al delitto di illecito reingresso, quando il reingresso sia avvenuto entro cinque anni dall'espulsione. Nell'ambito di una puntuale disamina della decisione della Cassazione che in maniera più approfondita ha affrontato il tema, negando qualsiasi conseguenza della sentenza *El Dridi* sul delitto qui allo studio, vedremo quante difficoltà incontri ancora nella giurisprudenza interna il recepimento delle decisioni della Corte UE, e cercheremo di argomentare la necessità di una soluzione diversa da quella sin qui prevalente nella giurisprudenza di legittimità.

2

IL DELITTO DI ILLECITO REINGRESSO ALL'INTERNO DEL SISTEMA PENALE DI CONTRASTO ALL'IMMIGRAZIONE IRREGOLARE

Il *delitto di violazione del divieto di reingresso*, punito all'art. 13 co. 13 e 13 bis d.lgs. 286/98, dopo la riforma del 2011 rappresenta attualmente il *solo reato* punito con la *pena detentiva* tra quelli in materia di irregolarità del soggiorno dello straniero. In seguito alla sentenza *El Dridi* della Corte UE, che ha negato agli Stati la possibilità di ricorrere alla pena detentiva nelle ipotesi di inottemperanza ad un ordine di allontanamento, e

1. Corte di giustizia UE, I sez., 28 aprile 2011, C-61/11 PPU, *El Dridi*, pubblicata in *Dir. pen. cont.*, il 29 aprile 2011, con nota di VIGANÒ.

2. D.l. 23 giugno 2011, n. 89, conv. in l. 2 agosto 2011, n. 129.

2.1

LE RECENTI VICENDE RIGUARDANTI IN GENERALE LA PUNIBILITÀ DELLO STRANIERO IRREGOLARMENTE SOGGIORNANTE

dopo la conseguente riforma del sistema interno del giugno 2011, oggi le *diverse forme di irregolarità del soggiorno* penalmente rilevanti integrano tutte (ad eccezione appunto delle ipotesi di irregolarità derivante dalla violazione di un divieto di reingresso) gli estremi di fattispecie non punite più con la pena detentiva, ma con la *sola pena pecuniaria*³.

Il cambiamento rispetto al decennio appena trascorso è stato quanto mai netto.

La cd. legge Bossi-Fini del 2002⁴, specie dopo le modifiche del 2004⁵, aveva posto al centro del sistema di contrasto all'immigrazione irregolare la previsione della pena detentiva nei confronti del migrante non in regola con la disciplina sull'ingresso e sul soggiorno nel territorio dello Stato. Pur senza mai giungere a prevedere una tale sanzione in ragione del mero *status* di irregolarità, il meccanismo di incriminazione delineato all'art. 14 co. 5 *ter* d.lgs. 286/98 – che puniva con la reclusione da uno a quattro anni lo straniero *inottemperante ad un ordine di rimpatrio* emanato dall'autorità amministrativa – aveva comunque condotto ad una vera e propria *criminalizzazione di massa* degli stranieri irregolari⁶.

E' vero, infatti che, sino al 2009, il primo accertamento dell'irregolarità del soggiorno non integrava gli estremi di alcun reato, configurando un semplice illecito amministrativo; ed anche dopo che l'approvazione del cd. Pacchetto sicurezza nel 2009 aveva condotto all'introduzione dell'art. 10 *bis* d.lgs. 286/98, cioè del reato di ingresso e soggiorno irregolari, la pena prevista per lo straniero di cui per la prima volta veniva accertata l'irregolarità, era (ed è tuttora) soltanto la sanzione dell'ammenda. Le conseguenze sanzionatorie mutavano, però, una volta che la condizione di irregolarità fosse stata accertata, ed in conseguenza di tale accertamento fosse stato emanato un provvedimento di espulsione immediatamente esecutivo, che nella maggior parte dei casi la pubblica amministrazione non riusciva ad eseguire – come peraltro la legge prescriveva espressamente – con il rimpatrio coattivo⁷, ma veniva eseguito mediante un ordine questorile di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di cinque giorni. Se, come accadeva nella quasi totalità dei casi, lo straniero decideva di non eseguire tale ordine, prolungando il proprio soggiorno irregolare in Italia, si rendeva responsabile di un delitto per cui era prevista una cornice edittale tale da consentire la custodia cautelare in carcere⁸, e da rendere quanto mai probabile l'effettivo ingresso nel sistema carcerario.

Il legislatore del passato decennio non si è quindi mai spinto a punire con il carcere la “prima irregolarità” dello straniero, che configurava solo (dopo il 2009) una contravvenzione punita con sanzione pecuniaria; ma la punizione indiretta dei successivi trattamenti irregolari, attuata mediante l'elevazione a delitto punito con pena detentiva della violazione dell'ordine di rimpatrio, aveva comunque portato al risultato che ogni giorno venissero celebrati nelle aule delle direttissime centinaia di processi per questo reato, e che nelle carceri fossero rinchiusi centinaia di stranieri che non avevano commesso altro reato che il trattenersi irregolarmente in Italia.

In questo contesto di bulimia punitiva nei confronti degli stranieri irregolari, certo

3. Sulle modifiche al t.u. imm. introdotte dalla legge di trasposizione della direttiva, cfr. NATALE, *La direttiva rimpatri, il testo unico immigrazione ed il diritto penale dopo la sentenza El Dridi*, in *Dir., imm., citt.*, 2011, n. 2, p. 17 ss. e SAVIO, *La nuova disciplina delle espulsioni conseguente al recepimento della direttiva rimpatri*, in *Dir., imm., citt.*, 2011, n. 3, p. 30 ss.

4. L. 30 luglio 2002, n. 189.

5. D.l. 14 settembre 2004, n. 241, conv. in l. 12 novembre 2004, n. 271.

6. Per una critica alla politica-criminale degli anni 2000 in materia di immigrazione, cfr. *ex multis* DONINI, *Il cittadino extra-comunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. giust.*, 2009, n. 1, p. 105 ss. e PALAZZO, *Sicurezza urbana ed immigrazione: illusione e realtà della repressione penale*, in *Dir., imm., citt.*, 2004, n. 1, p. 24 ss.

7. Secondo il disposto dell'art. 13 co. 4 d.lgs. 286/98, nella versione antecedente alla riforma del 2011, “l'espulsione è sempre eseguita dal questore con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica ad eccezione dei casi di cui al co. 5” (cioè dei casi di espulsione conseguente alla mancata richiesta nei termini del rinnovo del permesso di soggiorno scaduto).

8. L'elevazione nel 2004 a quattro anni del massimo edittale previsto per il delitto di inottemperanza all'ordine di allontanamento era stata motivata proprio dalla finalità di consentire *ex art. 280 c.p.p.* l'applicazione della custodia cautelare in carcere, dopo che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 223/2004, aveva dichiarato incostituzionale la previsione dell'arresto obbligatorio per una fattispecie con cornici edittali tali da non consentire, in sede di convalida, l'eventuale emissione di un provvedimento custodiale.

non risultava *distonica* la pena detentiva prevista dall'art. 13 co. 13 e co. 13 bis per lo straniero che, una volta rimpatriato, facesse ritorno in Italia prima del termine fissato nel decreto di espulsione. La dosimetria era esattamente identica a quella prevista dall'art. 14 per le ipotesi di inottemperanza all'ordine di allontanamento: pena da uno a quattro anni per i casi di prima violazione dell'ordine di allontanamento o del divieto di rimpatrio (art. 14 co. 5 *ter* e 13 co. 13), pena da uno a cinque anni quando la violazione era reiterata (art. 14 co. 5 *quater* e 13 co. 13 *bis*, ult. per.), in tutti i casi poi arresto obbligatorio anche fuori dei casi di flagranza e obbligo di procedere con rito direttissimo (art. 14 co. 5 *quinqüies* e 13 co. 13 *ter*). In effetti, rispetto all'interesse all'ordinata gestione dei flussi migratori, che rappresenta il bene giuridico di tutti i reati in materia di immigrazione irregolare⁹, le condotte di chi non obbedisce all'ordine di allontanarsi e quella di chi non rispetta il divieto di reingresso hanno un contenuto di disvalore quantomeno simile, se non identico: in entrambi i casi, si punisce lo straniero che risiede illegalmente in Italia in violazione di un ordine dell'autorità, e la corrispondenza di offensività trovava riscontro nella corrispondenza delle cornici sanzionatorie.

L'intervento della Corte UE, come abbiamo già ricordato, ha demolito tale impianto punitivo. La sentenza *El Dridi* ha affermato in termini inequivocabili l'*incompatibilità* tra la pena detentiva nei casi di inottemperanza all'ordine di allontanamento e la cd. *direttiva rimpatri*, con motivazioni su cui avremo modo di tornare ampiamente più avanti. La giurisprudenza interna ha subito interpretato la decisione della Corte UE come un fenomeno assimilabile all'*abolitio criminis*, con la conseguenza di assolvere gli imputati dei delitti previsti all'art. 14 perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato¹⁰, e di revocare le sentenze definitive di condanna facendo applicazione analogica degli artt. 2 co. 2 c.p. e 673 c.p.p.¹¹. Ed infine il legislatore, preso atto dell'impossibilità di ricorrere alla sanzione detentiva quale strumento di contrasto al soggiorno irregolare, ha invero confermato la scelta di qualificare in termini di illecito penale le diverse forme di irregolarità (a titolo di contravvenzione *ex* art. 10 *bis* per l'ingresso o il primo soggiorno irregolare, a titolo ancora di delitto per le diverse figure di inottemperanza ad un ordine dell'autorità in materia di allontanamento previste dall'art. 14), prevedendo però, in ossequio alle prescrizioni della Corte UE, soltanto pene pecuniarie (ammenda o multa), e non più sanzioni detentive.

In tale stravolgimento del sistema sanzionatorio, il delitto di cui all'art. 13 t.u. imm. è invece rimasto inalterato, sotto il profilo del fatto tipico¹² così come della sanzione comminata. Il legislatore, in effetti, ha modificato, adeguandola a quanto previsto dalla direttiva, la disciplina amministrativa del divieto di rimpatrio (riducendone in particolare la durata ordinaria da dieci a cinque anni), ma non è intervenuto sulla struttura della fattispecie, che ancora prevede la pena della reclusione da uno a quattro anni per lo straniero già espulso e rimpatriato che faccia reingresso in Italia prima del decorso del termine fissato nel decreto di espulsione.

Ci troviamo quindi di fronte oggi ad una radicale divaricazione, quanto al trattamento sanzionatorio, tra due condotte che sino al 2011 erano punite con la medesima sanzione (detentiva). Lo straniero che si trattiene illegalmente in Italia in violazione di un ordine di allontanamento è punito con la sola pena della multa; mentre per lo

9. Per questa (pacifica) ricostruzione del bene giuridico dei reati applicabili allo straniero irregolare, cfr. per tutte l'importante decisione della Corte costituzionale relativa al reato di ingresso e soggiorno irregolare (sent. n. 250/2010, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1362): "il bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice è, in realtà, agevolmente identificabile nell'interesse dello Stato al controllo ed alla gestione dei flussi migratori, secondo un determinato assetto normativo: interesse la cui assunzione ad oggetto di tutela penale non può considerarsi irrazionale ed arbitraria – trattandosi, del resto, del bene giuridico 'di categoria', che accomuna buona parte delle norme incriminatrici presenti nel testo unico del 1998".

10. In questo senso, cfr. due sentenze rese dalla Cassazione già lo stesso giorno in cui è stata depositata la decisione della Corte UE: Cass., sez. I, 28 aprile 2011, n. 22105, Tourghi, e Cass., sez. I, 28 aprile 2011, n. 24409, Trajkovic, entrambe in *Dir. pen. cont.*, 29 aprile 2011.

11. Cfr. tra le prime Trib. Milano, 29 aprile 2011; Trib. Torino, 4 maggio 2011; Trib. Ravenna, 5 maggio 2011; Trib. Bari, sez. dist. Altamura, 10 maggio 2011, tutte in *Dir. pen. cont.*

12. L'unica modifica, peraltro priva di alcun rilievo applicativo, concerne l'identificazione del soggetto attivo del reato non più nello "straniero espulso", ma nello "straniero destinatario di un provvedimento di espulsione".

straniero che trasgredisca al divieto di reingresso si applica ancora la pena detentiva, che può arrivare, nei casi di violazione reiterata di tale divieto, sino a *cinque anni di reclusione*.

Prima di analizzare, nei successivi paragrafi, le ragioni di questa sorta di immunità del delitto di illecito reingresso dagli stravolgimenti che hanno interessato l'intero edificio del diritto penale dell'immigrazione, conviene gettare un rapidissimo sguardo all'evoluzione normativa di questo delitto a partire dalla sua introduzione nel 1998, ed alla sua applicazione nella giurisprudenza antecedente al 2011.

2.2

LA COMUNE EVOLUZIONE DEI
DELITTI DI INOTTEMPERANZA
ALL'ORDINE DI ALLONTANAMENTO
E DI VIOLAZIONE DEL DIVIETO DI
REINGRESSO: DALLA LEGGE BOSSI-
FINI AI PROFILI DI LEGITTIMITÀ
COMUNITARIA PRIMA DELLA
SENTENZA EL DRIDI

Nell'originario impianto punitivo del t.u. imm. del 1998, l'inottemperanza all'ordine di allontanamento e la violazione del divieto di reingresso avevano conseguenze sanzionatorie tra loro molto diverse. La prospettiva politico-criminale del legislatore del 1998 era di fare ricorso alla sanzione penale solo per le ipotesi di favoreggiamento dell'immigrazione illegale (art. 12 d.lgs. 286/98), mentre la *condizione di irregolarità di per sé non era ritenuta meritevole di sanzione penale*, costituendo, anche nelle ipotesi di irregolarità qualificata dalla violazione di un ordine di allontanamento, un mero illecito amministrativo, che comportava come sanzione l'esecuzione in forma coattiva del provvedimento espulsivo, altrimenti eseguibile in prima battuta mediante l'intimazione a lasciare il territorio (cd. partenza volontaria). Le *ipotesi di violazione del divieto di reingresso costituivano l'eccezione a questa scelta di non penalizzazione* dell'ingresso o del soggiorno irregolare: la versione originaria dell'art. 13 co. 13, riprendendo la qualificazione e la cornice edittale del previgente art. 151 t.u.l.p.s., puniva con l'arresto da due a sei mesi lo straniero che avesse fatto ritorno in Italia prima della scadenza del divieto di rimpatrio.

Nel 2002 la cd. legge Bossi-Fini riforma *funditus* il sistema di esecuzione delle espulsioni. Per ciò che qui interessa, il legislatore decide di *qualificare in termini di illiceità penale l'inottemperanza all'ordine di allontanamento*, per la quale viene comminata la pena dell'arresto da sei mesi ad un anno (art. 14 co. 5 *ter* di nuovo conio); ed a questa medesima cornice edittale viene elevato anche il trattamento sanzionatorio previsto per i casi di violazione del divieto di reingresso.

Il successivo intervento del 2004, nel quadro di un generale inasprimento della risposta punitiva nei confronti del soggiorno irregolare, *conferma tale equiparazione*: entrambe le fattispecie vengono elevate da contravvenzioni a delitti, e per entrambe è comminata la pena della reclusione da uno a quattro anni, con la previsione dell'arresto obbligatorio anche fuori dei casi di flagranza, e del procedimento con rito direttissimo.

Sino al 2011, e dunque negli anni in cui più severa è stata la risposta punitiva nei confronti del migrante irregolare, le due situazioni dell'inottemperanza all'ordine di allontanamento e della violazione del divieto di reingresso risultano quindi equiparate sotto il profilo del trattamento penale. Ciò non significa che le due fattispecie siano del tutto equivalenti, tanto che la Corte costituzionale non reputa contraria al principio di uguaglianza la mancata previsione nei reati di illecito reingresso della clausola del "senza giustificato motivo" contenuta invece nei reati di inottemperanza all'ordine di allontanamento, in quanto le due tipologie di fattispecie sanzionano *condotte naturalisticamente e giuridicamente diverse* (condotta commissiva la prima, omissiva la seconda)¹³;

13. Cfr. C. Cost. n. 41/2009, in *Giur. cost.*, 2009, p. 237 ss., secondo cui "mentre in questo caso (inottemperanza all'ordine di allontanamento: n.d.r.) si è di fronte ad un comportamento omissivo, nell'altro lo straniero, già resosi inottemperante all'ordine di allontanamento e successivamente espulso con accompagnamento coattivo alla frontiera, è rientrato illegalmente nel territorio, sicché non appare irragionevole la scelta di non attribuire rilievo a circostanze diverse dalle esimenti di carattere generale". La questione di costituzionalità in verità non aveva ad oggetto la fattispecie di cui all'art. 13, ma quella di cui all'art. 14 co. 5 *quater*, che, nella formulazione antecedente alla riforma del 2009, puniva con la reclusione da uno a cinque anni "lo straniero già espulso ai sensi del co. 5 *ter*, primo periodo, che viene trovato, in violazione delle norme del presente testo unico, nel territorio dello Stato". Tale fattispecie era stata interpretata dalla giurisprudenza come applicabile solo allo straniero effettivamente rimpatriato, che avesse poi fatto reingresso illecitamente in Italia, e dunque come *ipotesi speciale* rispetto alle figure generali di *illecito reingresso* delineate all'art. 13 co. 13 e 13 *bis* (per i riferimenti dottrinali e

ma, quanto al *contenuto di disvalore* rispetto al *comune bene giuridico* del controllo e della gestione dei flussi migratori, esse risultano *equivalenti* agli occhi del legislatore, e di tale equiparazione non è mai stata eccepita l'irragionevolezza di fronte al giudice delle leggi¹⁴.

Nella *prassi applicativa*, poi, l'enorme numero di processi che quotidianamente venivano celebrati per il delitto di cui all'art. 14 ha attirato in via pressoché esclusiva su tale fattispecie l'attenzione della giurisprudenza e dei commentatori. L'assai meno frequente delitto di cui all'art. 13 è rimasto nel cono d'ombra dell'art. 14, ed i risultati cui la dottrina e la giurisprudenza sono pervenute in relazione a quest'ultimo (specie in ordine alla questione, assai dibattuta, della possibilità per il giudice penale di sindacare la legittimità dell'atto amministrativo presupposto della fattispecie penale) sono stati trasposti senza significative variazioni anche in relazione all'assai meno studiato delitto di violazione del divieto di reingresso¹⁵.

Tale condizione per così dire di minorità del delitto di cui all'art. 13 rispetto a quello previsto all'art. 14 trova conferma quando, nei primi mesi del 2011, si pone il problema della compatibilità delle fattispecie penali in materia di immigrazione con il contenuto della cd. direttiva rimpatri, le cui disposizioni, una volta scaduto il termine concesso agli Stati per la trasposizione, sono divenute direttamente applicabili da parte dei giudici nazionali.

Tutto il dibattito, per ovvie ragioni di rilevanza prasseologica, ruota intorno al tema della disapplicazione del delitto di cui all'art. 14, che riempiva i ruoli dei giudici delle direttissime, ed i rarissimi interventi riguardanti l'art. 13 si limitano a trasporre su tale fattispecie alcune delle cadenze argomentative sviluppate in ordine al delitto di ben più frequente applicazione.

In particolare, in relazione all'art. 14, la *tesi dell'illegittimità comunitaria* viene motivata in *due modi diversi*. Secondo un primo orientamento (che possiamo definire della "*incompatibilità diretta*" tra la norma penale interna e la direttiva), ad essere in contrasto con la normativa europea sarebbe la stessa previsione di una pena detentiva della durata sino a quattro anni a carico dello straniero inottemperante all'ordine di allontanamento, in quanto tale previsione violerebbe l'esplicita volontà del legislatore europeo di limitare al massimo a 18 mesi la privazione (amministrativa) di libertà cui lo straniero irregolare può essere sottoposto in attesa del rimpatrio¹⁶; in una diversa prospettiva, che ottiene un buon riscontro in giurisprudenza, l'inapplicabilità della norma incriminatrice deriverebbe invece *in via indiretta* dall'impossibilità per il giudice penale di dare applicazione al *provvedimento amministrativo* di espulsione, in quanto non conforme a quanto prescritto dalla direttiva riguardo alle modalità di esecuzione dei provvedimenti espulsivi¹⁷.

giurisprudenziali in argomento, sia consentito il rinvio a MASERA, in DOLCINI-MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. III, III ed., 2011, *Immigrazione*, art. 14, p. 7792 s.).

14. Le diverse eccezioni di costituzionalità relative alla suppostamente eccessiva entità della sanzione comminata per le ipotesi di illecito reingresso individuavano come *tertium comparationis* l'art. 650 c.p. (cfr. *infra*, par. 4.4), ma in nessun caso è stata sollevata questione di irragionevolezza dell'equiparazione tra inottemperanza all'ordine di allontanamento e illecito reingresso: per una rassegna delle questioni di costituzionalità relative alla cornice editale del delitto di cui all'art. 13 co. 13, cfr. CACCIALANZA, in DOLCINI-MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. III, III ed., 2011, *Immigrazione*, art. 13, p. 7746.

15. Per un'analisi delle diverse questioni affrontate dalla giurisprudenza relativa ai delitti di illecito reingresso, cfr. in particolare BOTTALICO, *Art. 13 d.lgs. 286/98*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di PALAZZO-PALIERO, II ed., 2007, p. 2634 ss.; CACCIALANZA, *op. ult. cit.*; CAPUTO, *I reati in materia di immigrazione*, in PALAZZO-PALIERO (a cura di), *Trattato teorico pratico di diritto penale*, vol. IX, 2012, p. 142 ss.; CALLAIOLI, *Art. 13 d.lgs. 286/98*, in *Leggi penali complementari*, a cura di PADOVANI, 2007, p. 1670 ss.; CORDI, *La disciplina penale connessa all'espulsione amministrativa o giudiziale del cittadino extracomunitario o apolide*, in *Stranieri irregolari e diritto penale*, a cura di DEGL'INNOCENTI, III ed., 2013, p. 134 ss.

16. Tale tesi, inizialmente avanzata in dottrina (cfr. VIGANÒ – MASERA, *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisdizionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 560 ss. e *IDEM*, *Inottemperanza dello straniero all'ordine di allontanamento e "direttiva rimpatri": scenari prossimi venturi per il giudice penale italiano*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1710 ss.), viene subito ripresa in diverse sentenze di assoluzione: cfr. tra le altre Trib. Nola, 17 gennaio 2011 e Trib. Milano, 19 gennaio 2011, entrambe in *Dir. pen. cont.*

17. La decisione ove con maggiore compiutezza viene sviluppato tale argomento è Trib. Cagliari, 14 gennaio 2011, Giud. Renoldi, in *Dir. pen. cont.*, 14 gennaio 2011; per una completa rassegna dei diversi orientamenti sviluppatasi nella giurisprudenza di merito prima dell'intervento della Corte UE, cfr.

3

**LA PACIFICA NON PUNIBILITÀ
QUANDO IL REINGRESSO SIA
AVVENUTO A DISTANZA DI
ALMENO CINQUE ANNI DAL
RIMPATRIO**

In ordine al problema della legittimità comunitaria del *delitto di cui all'art. 13*, dall'intenso dibattito relativo all'art. 14 non vengono riprese le argomentazioni miranti a sostenere l'incompatibilità diretta tra la sanzione detentiva prevista dalla norma penale e la direttiva. Piuttosto viene valorizzata l'*incompatibilità indiretta* tra il delitto di illecito reingresso e la direttiva rimpatri, derivante dal fatto che il provvedimento amministrativo violato dallo straniero risulterebbe incompatibile con quanto previsto dalla fonte europea (posto in particolare che quest'ultima, all'art. 11, prevede che la durata del divieto di reingresso non superi di norma i cinque anni¹⁸, mentre l'art. 13 co. 14 t.u. imm. all'epoca vigente prevedeva di regola una durata di dieci anni); di conseguenza, si afferma, il giudice penale, non potendo dare applicazione al provvedimento amministrativo contrastante con le disposizioni europee, dovrebbe prosciogliere l'imputato dal delitto conseguente alla violazione di detto provvedimento¹⁹.

La sentenza *El Dridi* della CGUE, come noto, risolve la questione della compatibilità tra la direttiva rimpatri ed il delitto di inottemperanza all'ordine di allontanamento affermando che la pena detentiva comminata dalla norma incriminatrice interna viola il principio dell'*effetto utile*, in quanto rappresenta un ostacolo alla realizzazione delle finalità (l'implementazione di un *sistema efficace* di esecuzione dei rimpatri, da un lato, ed il rispetto dei *diritti fondamentali* dello straniero, dall'altro) perseguite dal legislatore comunitario²⁰. Tra le due ricostruzioni che nel dibattito interno erano state avanzate a sostegno dell'inapplicabilità del delitto di cui all'art. 14 (l'incompatibilità "diretta" della sanzione detentiva con la direttiva rimpatri, e l'incompatibilità mediata dalla disapplicazione dell'atto amministrativo in contrasto con quanto prescritto in sede comunitaria), la Corte UE accoglie dunque la prima, affermando l'illegittimità della fattispecie di reato a prescindere dalla conformità con la direttiva della procedura amministrativa di espulsione.

Anche dopo tale sentenza, nella giurisprudenza interna relativa al delitto di illecito reingresso continua, invece, a risultare *decisivo* l'argomento dell'*incompatibilità indiretta*, rimasto impregiudicato dalla decisione dei giudici europei.

Il percorso motivazionale riprende, ancora una volta, le cadenze elaborate prima dell'intervento della Corte UE dalla giurisprudenza relativa all'art. 14. Il giudice penale può pervenire ad una sentenza di condanna solo quando il provvedimento amministrativo, la cui violazione è oggetto del rimprovero penale, sia legittimo al metro delle fonti normative interne e sovranazionali²¹. Nel caso dell'art. 13, bisogna dunque verificare che sia legittimo tanto il decreto di espulsione, quanto il divieto di reingresso contenuto in tale provvedimento²²: in caso contrario, il giudice deve disapplicare l'atto

NATALE, *La direttiva 2008/115/CE ed i reati previsti dall'art. 14 d.lgs. 286/1998*, in *Dir. pen. cont.*, 27 febbraio 2011.

18. Art. 11 § 2: "La durata del divieto d'ingresso è determinata tenendo debitamente conto di tutte le circostanze pertinenti di ciascun caso e non supera di norma i cinque anni. Può comunque superare i cinque anni se il cittadino di un paese terzo costituisce una grave minaccia per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale".

19. In questo senso, cfr. in giurisprudenza Trib. Napoli, Giud. Buono, 18 febbraio 2011, in *Dir. pen. cont.*, ed in dottrina VIGANÒ-MASERA, *Illegittimità comunitaria*, cit., p. 592, secondo cui "il giudice ordinario dovrà parimenti *disapplicare*, per contrasto con l'art. 11 § 2 della direttiva, le disposizioni di cui all'art. 13 co. 13 e 13 bis d.lgs. 286/98 relative al reingresso di stranieri in precedenza espulsi, ogniqualvolta il reingresso sia avvenuto decorsi *cinque anni* (in luogo dei dieci attualmente previsti) dall'esecuzione del rimpatrio".

20. Per un commento a tale decisione, cfr. tra i molti BARBERINI - CASUCCI, *La corte di giustizia dichiara l'incompatibilità tra i reati previsti dall'art. 14 e la direttiva rimpatri*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1615 ss.; COLLICA, *Gli effetti della direttiva rimpatri sul diritto vigente*, in *Dir. pen. cont.*, 24 giugno 2011; DI MARTINO-RAFFAELLI, *La libertà di Bertoldo: "direttiva rimpatri" e diritto penale italiano*, in *Dir. pen. cont.*, 26 luglio 2011; FAVILLI, *Il reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore di fronte alla Corte di giustizia*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 904 ss.; NASCIBENE, *Immigrazione, Corte di giustizia e norme nazionali*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 1337 ss.; F. VIGANÒ-L. MASERA, *Addio art. 14*, in *Dir. pen. cont.*, 4 maggio 2011.

21. Sul tema, che qui non vi è spazio per affrontare, della sindacabilità da parte del giudice penale degli atti amministrativi che costituiscano un presupposto della fattispecie penale, rinviando anche per gli opportuni riferimenti bibliografici al lavoro monografico di GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, 2002.

22. Parla a questo proposito di "atto amministrativo complesso (provvedimento di espulsione + divieto di reingresso)", CAVALLONE, *(In)compatibile con la direttiva 2008/115/CE il reato che punisce il reingresso illecito degli stranieri entro 5 anni dall'espulsione*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 779.

amministrativo presupposto della fattispecie penale, con conseguente proscioglimento dello straniero.

Per quanto riguarda i *provvedimenti emanati prima dell'entrata in vigore della legge di trasposizione della direttiva dell'agosto 2011* (che, come si è detto, ha almeno parzialmente conformato la disciplina sul divieto di reingresso alle prescrizioni dell'art. 11 della direttiva), tale verifica non può che avere esito negativo. In *contrasto con la direttiva* risulta, in primo luogo, la *procedura di espulsione*, che non prevede la concessione di un termine per la partenza volontaria, a differenza di quanto previsto dall'art. 7 della direttiva; ed altresì contraria alla direttiva è la *disciplina del divieto di reingresso*, che secondo la legge italiana pre-2011 aveva una durata di dieci anni, mentre l'art. 11 della direttiva prevede che esso non debba superare di norma i cinque anni.

L'argomento della *durata* del divieto di reingresso, in particolare, trova accoglimento senza eccezioni tanto nella giurisprudenza di merito, che in quella di legittimità: quando il reingresso ha avuto luogo trascorsi più di cinque anni dall'esecuzione del rimpatrio, anche se nel decreto di espulsione il divieto aveva durata decennale, la soluzione è invariabilmente quella dell'assoluzione dell'imputato²³ perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato²⁴.

Quanto poi alla constatazione che, al momento in cui era stato emanato, il provvedimento amministrativo era immune da vizi, in quanto la direttiva non era ancora stata approvata, essa non risulta d'ostacolo alla sua disapplicazione da parte del giudice penale, posto che la Corte di giustizia UE aveva già in passato affermato che un atto, pur legittimo al momento della sua emanazione, non può continuare a produrre effetti che siano in contrasto con una normativa europea entrata successivamente in vigore²⁵.

Tale orientamento ha trovato infine conferma in una recentissima decisione della Corte di giustizia UE²⁶, relativa proprio al problema della legittimità di fare ricorso alla sanzione penale nei casi di illecito reingresso avvenuto a più di cinque anni di distanza dall'adozione del provvedimento espulsivo²⁷. La Corte, dopo avere ricordato il consolidato principio secondo cui "una nuova norma si applica immediatamente, salvo deroghe, agli effetti futuri delle situazioni sorte sotto l'impero della vecchia legge" (§ 40), ha rapidamente concluso nel senso che "l'art. 11, paragrafo 2, della direttiva 2008/115 deve essere interpretato nel senso che esso osta a che una violazione di un divieto d'ingresso e di soggiorno nel territorio di uno Stato membro, emesso oltre cinque anni prima della data di reingresso del cittadino interessato del paese terzo in tale territorio o dell'entrata in vigore della normativa che recepisce tale direttiva, comporti una sanzione penale" (§ 45): esattamente la medesima conclusione a cui, pur all'esito di un diverso e più articolato *iter* argomentativo, era giunta la nostra giurisprudenza.

23. Cfr. tra le molte, nella giurisprudenza di merito, Trib. Bologna, Giud. Panza, 9 giugno 2011, in *Dir. pen. cont.*; Trib. Bari, 25 giugno 2012, in *Dejure*; Trib. Genova, 10 ottobre 2012, in *Guida dir.*, 2013, 4, p. 51; nella giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass., sez. I, 20 ottobre 2011, n. 8181, in *Dejure*; Cass., sez. I, 13 marzo 2012, n. 12220, Sanchez Sanchez, in *Dir. pen. cont.*, 5 aprile 2012, con nota di LEO, *Non più sanzionabili le condotte di indebito reingresso nel territorio dello Stato da parte degli stranieri espulsi da più di cinque anni*; Cass., sez. I, 12 aprile 2012, n. 14276, in *Dejure*; Cass., sez. I, 27 novembre 2012, n. 94, in *Dejure*; per un'ipotesi di mancata convalida dell'arresto per contrasto della procedura amministrativa di espulsione con disposizioni della direttiva diverse da quella relativa alla durata del divieto di reingresso, posto che il reingresso era avvenuto a meno di due anni dal rimpatrio, cfr. Trib. Milano, 8 febbraio 2012 in *Dir. pen. cont.*; per una decisione di revoca di una sentenza definitiva di condanna, cfr. Trib. Rimini, 19.2.2013, in *Dir. pen. cont.*, 7 marzo 2013, con breve scheda di MASERA, ed in *Corr. merito*, 2013, p. 515 s, con nota di GATTA.

24. Si tratta della formula assolutoria prevalente nelle decisioni citate, anche se non mancano casi di assoluzione "perché il fatto non sussiste" (cfr. ad es. Trib. Bologna, 9 giugno 2011, cit.); in una isolata decisione di legittimità, invece, all'annullamento della sentenza di condanna per il delitto di illecito reingresso non segue il proscioglimento dell'imputato, posto che il fatto viene ritenuto comunque penalmente rilevante ai sensi della contravvenzione di ingresso e soggiorno irregolare di cui all'art. 10 bis d.lgs. 286/98 (Cass., sez. I, 27 novembre 2012, cit.).

25. Così CGUE, sez. II, 29, aprile 1999, C-224/97, Ciola, cui fanno riferimento quasi tutte le decisioni che disapplicano il divieto di reingresso per contrasto con la direttiva; sottolinea come "le motivazioni assolutorie oscillino tra una logica di *invalidazione a posteriori del provvedimento* ed una logica di *inattualità degli effetti* che si connettevano al provvedimento, dopo la nuova disciplina comunitaria sul divieto di rientro", LEO, *Non più sanzionabili*, cit.

26. CGUE, sez. IV, 19.9.2013, C-297/12, *Filev e Osmani*, in *Dir. pen. cont.*, 26 settembre 2013, con nota di MASERA.

27. Il caso è stato portato all'attenzione della Corte da un giudice tedesco (pretore di Laufen), che si interrogava sulla legittimità di applicare la sanzione prevista dall'art. 95 dell'*Aufenthaltsgesetz* per i casi di violazione del divieto di reingresso (pena detentiva sino a tre anni o pena pecuniaria), nell'ipotesi in cui il divieto, che nell'ordinamento tedesco ha durata indeterminata, fosse stato disposto più di cinque anni prima del reingresso dello straniero in Germania.

4

E' LEGITTIMA LA PREVISIONE DI UNA PENA DETENTIVA PER LO STRANIERO ESPULSO CHE FACCIA IRREGOLARMENTE REINGRESSO IN ITALIA?

4.1

PREMESSA

Con la legge di trasposizione della direttiva rimpatri dell'agosto 2011, il legislatore ha proceduto a conformare a quanto previsto dalla fonte europea la disciplina amministrativa sui presupposti e sulla durata del divieto di reingresso. L'argomento dell'illegittimità dell'atto amministrativo inosservato, che – come abbiamo appena terminato di vedere – ha condotto secondo la giurisprudenza interna ed europea ad una sostanziale *abolitio* delle ipotesi di reingresso ultraquinquennale, oggi non è più spendibile. La disciplina generale del procedimento amministrativo di espulsione e quella più specifica della durata del divieto di reingresso nel 2011 sono state (almeno nei loro tratti essenziali²⁸) adeguate a quanto previsto dalla direttiva (in particolare, ai sensi del novellato art. 13 co. 14 d.lgs. 286/98, il divieto ha di regola durata non superiore a cinque anni), sicché i divieti di reingresso emanati dopo il 2011 costituiscono valido presupposto del reato consistente nella loro violazione.

Oggi, si pone un problema distinto, di *illegittimità diretta* del precetto sanzionatorio: dopo che la Corte UE, con la sentenza *El Dridi*, ha dichiarato contraria al principio dell'effetto utile la previsione di una pena detentiva per lo straniero inottemperante all'ordine di allontanamento, è ancora legittimo ricorrere a tale pena nei confronti dello straniero rimpatriato che faccia reingresso in Italia prima dello scadere del termine fissato nel divieto di reingresso?

Ci spostiamo su un terreno dogmaticamente diverso da quello sul quale sinora ci siamo mossi: non più un problema di *illegittimità* della norma penale *mediata* dall'inapplicabilità dell'atto amministrativo presupposto del reato, ma un problema di *diretta inapplicabilità* della norma incriminatrice, per illegittimità del suo contenuto sanzionatorio. Accogliere la tesi dell'illegittimità, questa volta significherebbe riconoscere non più, come fa la giurisprudenza sui reingressi ultraquinquennali, una sorta di *abolitio parziale* della fattispecie, ma addirittura la sua *totale totale inapplicabilità*, con esiti esattamente assimilabili a quelli verificatisi in ordine all'art. 14 dopo la sentenza *El Dridi* (assoluzione perché il fatto non è più previsto come reato nei processi in corso, e revoca delle sentenze definitive di condanna).

Tale questione è rimasta impregiudicata dalla già citata decisione della Corte Ue in materia di divieto di reingresso²⁹, che ha affrontato solo il tema della legittimità della sanzione penale nei casi di reingressi ultraquinquennali, ma non ha neppure tangenzialmente discusso la diversa questione della possibilità di fare ricorso allo strumento penale quando lo straniero abbia violato un divieto di reingresso quinquennale, e quindi conforme alle prescrizioni della direttiva.

In sostanza, si tratta di verificare se, dopo la sentenza *El Dridi*, sia ancora legittimo il ricorso alla pena della reclusione per una condotta di violazione di un provvedimento dell'autorità in materia di soggiorno. La giurisprudenza di legittimità ha fornito sinora risposta affermativa a tale quesito: con una motivazione peraltro che, per le ragioni che andremo subito ad esplicitare, non ci pare persuasiva.

4.2

IL PERCORSO ARGOMENTATIVO DELLA CASSAZIONE

La sentenza della S.C. che in maniera più approfondita ha affrontato la questione è la n. 3587/2012³⁰.

Il caso oggetto della decisione è molto semplice. Il Tribunale di Terni, con sentenza

28. Per una puntuale valutazione critica della riforma, e per l'individuazione dei numerosi passaggi in cui è ancora lecito nutrire dubbi sull'effettiva conformità della normativa interna alla direttiva, cfr. in particolare SAVIO, *La nuova disciplina*, cit.

29. CGUE, 19.9.2013, C-297/12, cit.

30. Cass., sez. I, 25 maggio 2012, n. 35871, Mejdí, in *Cass. pen.*, 2013, p. 1184 ss., con nota di PAOLONI, ed in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 334 ss., con nota di FAVILLI. Le conclusioni cui perviene la sentenza erano già state anticipate da altre, assai più succintamente motivate, pronunce di legittimità (Cass., sez. I, 21 marzo 2012, n. 12750, in *Dejure* e Cass., sez. I, 20 aprile 2012, n. 17544, in *Cass. pen.*, 2013, p. 767 ss., con nota di CAVALLONE, *(In)compatibilità*, cit., e vengono espressamente riprese in senso adesivo dalla giurisprudenza successiva (cfr. Cass., sez. I, 4 febbraio 2013, n. 7912, in *Dejure*). Nella giurisprudenza di merito, invece, prevale la tesi della incompatibilità del delitto di illecito reingresso con i principi espressi in *El Dridi*: cfr. in questo senso Trib. Roma, 9 maggio 2011, Giud. Di Nicola, in *Dir. pen. cont.*, 9 maggio 2011; Trib. Bolzano, 6 dicembre 2011, in *Riv. pen.*, 2012, p. 662, con nota critica di PUCCHETTI, *Trasgressione del divieto di reingresso: davvero disapplicazione per violazione del principio di primazia del diritto dell'Unione?*; C. app. Milano, 16 marzo 2012, in *Dejure*; sostiene invece la tesi prevalente in sede di legittimità Proc. rep. Presso Trib. Caltagirone, nota del 4 luglio 2011, in *Dir. pen. cont.*, 14 luglio 2011.

del 18 aprile 2011, aveva applicato su richiesta delle parti la pena di cinque mesi e dieci giorni di reclusione per il delitto di illecito reingresso *ex art. 13 co. 13 t.u. imm.*, in quanto l'imputato, espulso con divieto di reingresso nel luglio 2010, nell'aprile 2011 aveva fatto irregolarmente ritorno in Italia, in violazione del divieto di reingresso.

Il ricorso in cassazione viene proposto dal Procuratore generale presso la Corte d'appello di Perugia, che ritiene il delitto in questione incompatibile con la direttiva rimpatri, così come interpretata nella sentenza *El Dridi* della Corte UE.

Il ricorrente si preoccupa in primo luogo di motivare *l'applicabilità della direttiva alle ipotesi di illecito reingresso*. L'ambito di applicazione della direttiva è definito all'art. 2 § 1, ove è stabilito che essa "si applica ai cittadini di paesi terzi il cui soggiorno nel territorio di uno Stato membro è irregolare", mentre l'art. 3 n. 2 definisce come soggiorno irregolare "la presenza nel territorio di uno Stato membro di un cittadino di un paese terzo che non soddisfi (...) le condizioni di ingresso (...), di soggiorno o di residenza in tale Stato membro"; all'art. 3 n. 6, poi, il "divieto d'ingresso" è definito come "una decisione o atto amministrativo o giudiziario che vieti l'ingresso ed il soggiorno nel territorio degli Stati membri per un periodo determinato e che accompagni una decisione di rimpatrio". Da tale impianto normativo si ricava che "la direttiva si applica qualunque sia la fonte di irregolarità della presenza nel territorio; (...) non vi sono, in essa, disposizioni che fissino distinzioni tra le situazioni di irregolarità derivanti dalla violazione di un divieto di ingresso e situazioni di irregolarità derivanti dall'inottemperanza alla misura di allontanamento". Il ricorrente nota inoltre come "anche per la legge italiana, d'altra parte, lo straniero irregolarmente rientrato in Italia è trattato in modo identico a quello che non ha ottemperato ad un ordine di allontanamento", e conclude affermando come "i principi enunciati dalla Corte di giustizia con la sentenza *El Dridi* sono validi anche con riferimento alla fattispecie di cui all'art. 13 co. 13 d.lgs. 286/1998"³¹, con conseguente richiesta che venga annullata la sentenza impugnata "perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato", o in subordine che venga disposto rinvio pregiudiziale alla Corte UE, o in ulteriore subordine che venga sollevata questione di costituzionalità.

La Corte, nel dichiarare infondato il ricorso, reputa innanzitutto che "non sia conforme all'interpretazione letterale e logico-sistematica della direttiva 2008/115/CE l'affermazione che siano in tutto equiparabili la condizione del cittadino straniero in precedenza rimpatriato che faccia nuovamente ingresso nel territorio dello Stato senza la prescritta autorizzazione e prima del termine stabilito nell'ordine di rimpatrio e quella dello straniero che permanga nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine di allontanamento". A sostegno di tale ricostruzione la Corte cita diversi considerando alla direttiva (cons. 12, 13, 14, 20), da cui si desumerebbe come "la direttiva *distingue concettualmente il soggiorno irregolare* – inteso come presenza nel territorio di uno Stato membro di un cittadino di un Paese terzo che non soddisfi o non soddisfi più le condizioni di ingresso di cui all'art. 5 del codice frontiere di Schengen o altre condizioni di ingresso, di soggiorno o di residenza in tale Stato membro (art. 3 n. 2) – dal *divieto di ingresso*, che si fonda su una decisione, su un atto amministrativo o giudiziario che vieta l'ingresso ed il soggiorno nel territorio degli Stati membri per un periodo determinato e costituisce un provvedimento autonomo rispetto alla decisione di rimpatrio (art. 3 n. 6)".

La sentenza procede poi a ricostruire i tratti salienti della procedura delineata dalla direttiva, constatando come "è evidente che la 'irregolarità' del soggiorno costituisce il presupposto per l'adozione di una pluralità di provvedimenti connotati da reciproca autonomia e da peculiarità strutturali che si inseriscono a loro volta nell'ambito di diversi *iter* procedimentali, produttivi di esiti differenti"; le *diverse forme di irregolarità* del soggiorno *non sono*, secondo la Corte, *riconducibili "ad un'unica categoria di 'irregolarità'*,

31. Nel ricorso vengono anche addotti argomenti relativi all'illegittimità del provvedimento amministrativo presupposto del reato, argomenti che non aggiungono tuttavia alcun elemento di novità rispetto a quelli già analizzati nel paragrafo precedente.

ma si fondano su presupposti differenti, (..) in quanto dall'intero impianto della direttiva si ricava l'intento di distinguere le diverse situazioni e di graduare gli interventi in una logica di adeguatezza e di proporzionalità".

Il trattamento differenziato delle ipotesi di inottemperanza all'ordine di allontanamento e di illecito reingresso trova riscontro secondo la Corte anche nella legislazione nazionale, atteso che "la struttura delle due fattispecie criminose, assistite da sanzioni significativamente diverse, non è sovrapponibile", e "proprio valorizzando la *diversità strutturale tra le due fattispecie incriminatrici* la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto non estensibile alla condotta di reingresso non autorizzato nel territorio dello Stato la clausola di esclusione della responsabilità contemplata all'art. 14 co. 5 *ter*".

Inottemperanza all'ordine di allontanamento e illecito reingresso sarebbero, dunque, ipotesi diverse, tanto per la direttiva, quanto per la normativa interna: per questo, la sentenza conclude ritenendo "evidente l'impossibilità di trasporre automaticamente le conclusioni della sentenza *El Dridi*, pronunciata con riguardo al delitto di cui all'art. 14 co. 5 *ter* alla diversa fattispecie disciplinata dall'art. 13 co. 13. La sentenza della Corte di giustizia non ha, infatti, inciso sulla fattispecie astratta delineata dall'art. 13 co. 13, né si può ritenere che la modificazione di un dato esterno, implicato dalla fattispecie penale (nel caso in esame la sopravvenuta pronuncia della Corte di giustizia che ha affermato l'incompatibilità della norma incriminatrice di cui all'art. 14 co. 5 *ter* riferita alla condotta di ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore, posta in essere prima della scadenza dei termini per il recepimento della direttiva 2008/115/CE) possa assumere rilevanza ai fini della perdurante configurabilità del delitto di cui all'art. 13 co. 13. Tale operazione esegetica comporterebbe, infatti, una non consentita invalidazione *a posteriori* del provvedimento amministrativo di espulsione a suo tempo legittimamente adottato che, oltre a non costituire elemento strutturale della fattispecie penale di cui all'art. 13 co. 13, ha esaurito i suoi effetti con l'avvenuta espulsione del cittadino extracomunitario dal territorio dello Stato. I principi affermati dalla Corte di giustizia, dettati con riguardo alle modalità della procedura di rimpatrio, non possono, pertanto, assumere rilievo ai fini del reato di cui si tratta che consiste nel nuovo ingresso nel territorio dello Stato in assenza di autorizzazione".

4.3

CRITICA

Le motivazioni appena sintetizzate presentano numerosi passaggi discutibili, già in parte messi in luce dai primi commentatori³², e sui quali ci soffermeremo nelle pagine seguenti. In termini generali, gli argomenti utilizzati e la stessa struttura logica della decisione denotano a nostro avviso come la giurisprudenza della Corte UE sia stata fatta oggetto da parte della Cassazione di una lettura quanto meno affrettata, al punto che non viene neppure presa in considerazione una fondamentale decisione della *Grande Sezione* della stessa Corte UE del dicembre 2011³³, le cui affermazioni sono invece, come vedremo, di grande rilevanza per decidere anche la questione qui allo studio.

4.3.1

LA MANCATA DIFFERENZIAZIONE TRA ILLEGITTIMITÀ DIRETTA ED INDIRETTA DELLA FATTISPECIE PENALE

Nelle pagine che precedono abbiamo messo in evidenza come, sin dall'inizio del dibattito relativo alla compatibilità con la direttiva del delitto di cui all'art. 14 co. 5 *ter*, siano state percorse due strade concettualmente ben distinte per argomentare tale incompatibilità: quella dell'inapplicabilità del provvedimento amministrativo presupposto del reato, derivante dal contrasto con la direttiva della disciplina amministrativa

32. In dottrina, a sostegno della tesi dell'incompatibilità tra il delitto di cui all'art. 13 e la direttiva, cfr. BARBERINI, *E ora è il turno dell'art. 13 co. 13: anche la sanzione penale del divieto di reingresso dello straniero è incompatibile con la direttiva*, in www.europeanrights.eu, newsletter n. 28, 15 settembre 2011; CAVALLONE, *cit.*; FAVILLI, *cit.*; *contra* PUCETTI, *cit.*; in senso dubitativo, nell'immediatezza della sentenza *El Dridi* e dunque prima delle ulteriori pronunce della Corte UE, VIGANÒ-MASERA, *Addio art. 14*, *cit.*

33. CGUE, Grande sezione, 6 dicembre 2011, C-329/11, *Achughbabian*, in *Dir. pen. cont.*, 6 dicembre 2011.

sui rimpatri (cd. illegittimità indiretta), e quella dell'illegittimità della pena detentiva per contrasto con il principio dell'effetto utile della direttiva (cd. illegittimità diretta). E nella sentenza *El Dridi*, pur non mancando alcuni passaggi in cui, a livello di *obiter dictum*, la Corte UE sottolineava la problematica compatibilità con la direttiva dell'allora vigente normativa amministrativa interna³⁴, la *rato decidendi* risiedeva in modo inequivocabile nel contrasto diretto con la fonte comunitaria della previsione della pena della reclusione nelle ipotesi di inottemperanza all'ordine di allontanamento.

Tale dicotomia perde nitidezza nell'argomentazione della Cassazione, che in diversi momenti indebitamente sovrappone i distinti profili di illegittimità. Ci pare particolarmente significativo di questa confusione il passaggio, integralmente riportato sopra, in cui la Cassazione afferma che l'estensione dei principi affermati nella sentenza *El Dridi* anche al delitto di illecito reingresso produrrebbe "una non consentita invalidazione *a posteriori* del provvedimento amministrativo di espulsione a suo tempo legittimamente adottato". L'equivoco in cui è incorsa la Suprema Corte ci pare evidente: si ritiene che la trasposizione dei principi di *El Dridi* al caso dell'illecito reingresso comporterebbe una valutazione di illegittimità del provvedimento amministrativo presupposto del reato, quando invece il procedimento argomentativo seguito dalla sentenza della Corte UE prescindeva da qualsiasi valutazione circa la conformità alla direttiva della procedura amministrativa, e di conseguenza la sua estensione al caso dell'art. 13 in alcun modo avrebbe potuto ripercuotersi sulla valutazione di legittimità dell'atto amministrativo contenente il divieto di rimpatrio violato dallo straniero.

Sul punto non crediamo possano esservi dubbi. Sia la sentenza *El Dridi*, sia la sentenza *Achughbabian* (relativa al reato di ingresso e soggiorno irregolare di cui all'art. 621-1 del Codice dell'immigrazione francese) sia la sentenza *Sagor* (sull'art. 10 *bis* t.u. imm. italiano³⁵), hanno tutte affrontato il problema della conformità alla direttiva delle norme incriminatrici interne verificando se sussistesse o meno una incompatibilità diretta tra il precetto penale e la sua sanzione e la direttiva, ma lasciando impregiudicato il problema della legittimità della procedura amministrativa al cui interno si inserisce la norma penale. La decisione di disapplicare la fattispecie incriminatrice per contrasto con la direttiva, quindi, non comporta affatto, come invece ritiene la Cassazione, una valutazione sulla legittimità dell'atto amministrativo la cui violazione è sanzionata dalla norma penale: sono due profili concettualmente diversi, che la Corte UE tiene opportunamente distinti, e che non vi è davvero ragione per sovrapporre, facendo perdere nitidezza all'intero apparato argomentativo.

4.3.2

LA "TRASPOSIZIONE AUTOMATICA" DELLE CONCLUSIONI DELLA SENTENZA EL DRIDI AL DELITTO DI ILLECITO REINGRESSO

Un altro passaggio della sentenza della Cassazione che desta perplessità è quello in cui, dopo avere sottolineato le differenze che, tanto nella prospettiva della direttiva che in quella della legislazione nazionale, intercorrono tra i casi di inottemperanza all'ordine di allontanamento e quelli di violazione del divieto di reingresso, si afferma che in ragione di tale diversità "è evidente l'impossibilità di trasporre automaticamente le conclusioni della sentenza *El Dridi*" alla fattispecie di illecito reingresso di cui all'art. 13.

Così argomentando, la Cassazione pare trascurare il dato (peraltro pacifico) per cui le sentenze della Corte UE non si esprimono mai sulla compatibilità con il diritto europeo di una specifica norma nazionale, ma si limitano ad interpretare (in modo peraltro vincolante per tutti i giudici europei) il diritto dell'Unione. Non si tratta, allora, di "trasporre automaticamente" le conclusioni raggiunte dalla Corte UE in relazione ad una determinata fattispecie ad un'altra e diversa figura di reato, bensì di valutare se l'interpretazione della direttiva fornita dalla Corte, oltre a rendere inapplicabile il delitto di

34. Cfr. in particolare il § 50, ove la Corte constata come "la procedura di allontanamento prevista dalla normativa italiana in discussione nel procedimento principale differisce notevolmente da quella stabilita dalla direttiva".

35. CGUE, I sez., 6 dicembre 2012, C-430/11, *Sagor*, in *Dir. pen. cont.*, 7 dicembre 2012.

cui all'art. 14, possa o meno avere i medesimi effetti riguardo al delitto previsto all'art. 13.

In altri termini, è fuori discussione che le sentenze della Corte UE, proprio perché non interpretano il diritto nazionale, ma il diritto europeo, si applicano anche in ordine a *norme diverse* da quella oggetto del procedimento in cui è stata sollevata la questione pregiudiziale. Il caso *Achughbabian* al riguardo è esemplare³⁶. Proprio perché la sentenza *El Dridi* non interpretava una norma italiana, ma le disposizioni della direttiva, i principi affermati in quell'occasione dalla Corte hanno prodotto effetti anche nell'ordinamento francese, ed in relazione ad una norma (il reato di ingresso e soggiorno irregolare) del tutto diversa dalla fattispecie che aveva portato al rinvio pregiudiziale da parte del giudice italiano. I giudici francesi non si sono affatto posti il problema se la norma italiana oggetto della sentenza *El Dridi* fosse identica a quella francese, bensì si sono chiesti se l'interpretazione della direttiva fornita dalla Corte UE fosse d'ostacolo all'applicazione anche della fattispecie prevista nel Codice dell'immigrazione francese: ed essendo incerti su tale questione, si sono rivolti alla Corte europea³⁷.

La questione della *similitudine* tra la norma interna oggetto della sentenza europea e la diversa norma che il giudice si trova successivamente ad applicare non è, dunque, di per sé *mai decisivo*. Non lo è nel senso dell'inapplicabilità quando la norma sia simile (se non identica) a quella oggetto della precedente decisione di incompatibilità della Corte, perché anche in questo caso non è comunque corretto parlare di automatismo nella disapplicazione, posto che secondo un principio consolidato è sempre il giudice interno a dover liberamente valutare se il diritto europeo, come interpretato dalla Corte UE, sia o meno in contrasto con le norme nazionali³⁸; e non lo è nel senso inverso, quando (come nel caso che qui interessa) le due norme siano diverse, tale diversità non implicando affatto che i principi affermati in un'occasione dalla Corte europea non possano condurre alla disapplicazione anche della (diversa) disposizione incriminatrice oggetto della nuova valutazione.

4.3.3

L'APPLICABILITÀ DELLA DIRETTIVA AI CASI DI REINGRESSO IRREGOLARE

L'erronea prospettiva adottata dalla Corte, che ha impostato tutta la motivazione sull'individuazione delle differenze tra la fattispecie di cui all'art. 14 co. 5 *ter* e quella disciplinata all'art. 13 co. 13, ha lasciato in ombra la *vera questione decisiva*, che consiste nel valutare se i principi affermati dalla Corte Ue, prima nella sentenza *El Dridi*, e poi nella sentenza *Achughbabian*, ostino o meno alla previsione della pena detentiva per lo straniero espulso che faccia irregolarmente reingresso nel territorio dello Stato.

Prima però di rispondere a tale interrogativo, bisogna chiedersi – come correttamente ha fatto il Procuratore generale di Perugia nel suo ricorso – se la direttiva si applichi ai casi oggetto del giudizio, o in altri termini se i casi di illecito reingresso rientrino nell'*ambito di applicazione della direttiva*. Al proposito, il combinato disposto dell'art. 2 § 1 (la direttiva “si applica ai cittadini di paesi terzi il cui soggiorno nel territorio di uno Stato membro è irregolare”) e dell'art. 3 n. 2 (“si intende per ‘soggiorno irregolare’ la presenza nel territorio di uno Stato membro di un cittadino di un paese terzo che non soddisfi o non soddisfi più (..) le condizioni di ingresso (..), di soggiorno o di residenza

36. Per un commento a tale decisione e per un'analisi dei suoi effetti nell'ordinamento italiano, cfr. CASTELLANETA, *Le “relazioni pericolose” tra diritto penale dell'immigrazione e fonti dell'Unione europea*, in *Leg. pen.*, 2012, p. 85 ss.; D'AMBROSIO, *Se una notte d'inverno un sans papiers – La Corte di giustizia dichiara il reato di ingresso e soggiorno irregolare conforme e non conforme alla ‘direttiva rimpatri’*, in *Dir. pen. cont.*, 26 gennaio 2012; RAFFAELLI, *La direttiva rimpatri ed il reato di ingresso e soggiorno irregolare francese: principi ed effetti della sentenza Achughbabian nell'ordinamento italiano*, in *Dir. imm. citt.*, 2011, n. 4, p. 73 ss.

37. Per una interessante ricostruzione del dibattito innescato in Francia dalla sentenza *El Dridi*, cfr. HENRIOT, *Dépénalisation du séjour irrégulier des étrangers: la résistance française (de l'arret El Dridi à la loi du 31 décembre 2012)*, in *Dir. imm. cit.*, 2013, n. 1, p. 38 ss.

38. Sul punto, peraltro pacifico, cfr. per tutti FAVILLI, *op. cit.*, p. 341: “non si può parlare, neanche nei casi in cui l'identità vi sia, di *automatismo nella trasposizione* dei principi delle sentenze della Corte, del tutto estraneo al consolidato orientamento della Corte in materia di effetti delle sue sentenze rese in via pregiudiziale”.

in tale Stato membro”) non ci pare lasci adito a dubbi, essendo fuori discussione che lo straniero che faccia ritorno in Italia prima della scadenza del divieto di rimpatrio e senza una speciale autorizzazione del Ministero dell’interno non soddisfi le condizioni per un regolare ingresso in Italia, ed il suo soggiorno debba di conseguenza ritenersi irregolare ai sensi della direttiva³⁹.

Del tutto irrilevante è poi che, come sottolinea la Cassazione, la direttiva distingue diverse ipotesi di irregolarità, cui sono associate diverse procedure di esecuzione della decisione di rimpatrio (ad es. la partenza volontaria nei casi di “irregolarità semplice”, e l’accompagnamento coattivo nei casi di “irregolarità qualificata” dal rischio di fuga o dall’aver lo straniero presentato una domanda manifestamente infondata o fraudolenta). Ancora una volta, riemerge nella motivazione della sentenza la tematica della differenza tra l’illecito reingresso e le altre forme di irregolarità, che impedirebbe secondo la Suprema corte di estendere le conclusioni della sentenza *El Dridi* anche ai casi di violazione del divieto di reingresso.

Crediamo di aver già mostrato sopra la fallacia di tale argomento, e non è qui il caso di ripetersi. La circostanza che la direttiva individui diverse tipologie di irregolarità non implica affatto che, da un lato, i principi della sentenza *El Dridi* non possano essere estesi anche ad ipotesi diverse da quelle di inottemperanza all’ordine di allontanamento, che erano stati all’origine del rinvio pregiudiziale; né d’altra parte, per quanto ora interessa, può condurre a negare l’applicabilità della direttiva ai casi di illecito reingresso, posto che la formula assai ampia utilizzata dal legislatore europeo per definire l’ambito applicativo della direttiva sta proprio ad indicare la volontà di non limitarne l’applicazione a qualche specifica ipotesi di irregolarità del soggiorno, bensì di farne il testo normativo di riferimento in tutte le numerose ed eterogenee ipotesi di ingresso o soggiorno irregolare.

La questione può poi considerarsi definitivamente risolta alla luce della sentenza della Corte Ue del settembre 2013⁴⁰, che – come già visto sopra – ha affrontato proprio il tema della violazione del divieto di reingresso (sia pure in relazione alle ipotesi di reingresso ultraquinquennale), ed ha considerato talmente pacifica l’applicabilità della direttiva anche a tali ipotesi, da non ritenere neppure necessaria una esplicita presa di posizione sul punto⁴¹.

39. Sostengono la tesi dell’applicabilità della direttiva ai casi di illecito reingresso CAVALLONE, (*In*)compatibilità, cit., p. 783 ss., e BARBERINI, *E ora è il turno*, cit.

40. Cfr. CGUE, 19.9.2013, C-297/12, cit.

41. Un problema di applicabilità della direttiva potrebbe semmai porsi in relazione al delitto di cui all’art. 13 co. 13 *bis*, figura speciale rispetto all’art. 13 co. 13, che risulta integrata quando lo straniero abbia violato un divieto di reingresso disposto non già, come accade solitamente, dall’autorità amministrativa, ma da un giudice: come nel caso oggetto di una recente sentenza della Cassazione (Cass., sez. I, 21.3.2012, cit.), in cui l’espulsione ed il contestuale divieto di reingresso erano stati disposti dal giudice penale ai sensi dell’art. 16 co. 5 t.u. imm., e cioè come sanzione alternativa alla detenzione per un residuo di pena non superiore a due anni. Trattandosi qui di espulsione conseguente alla commissione di un reato, la Cassazione lascia intendere (sia pure come *obiter dictum*) che potrebbe trovare applicazione l’art. 2 § 2 della direttiva, secondo cui gli stati membri possono decidere di non applicare la direttiva agli stranieri “sottoposti a rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale, in conformità della legislazione nazionale”.

Proprio in relazione all’applicabilità dell’art. 2 § 2 nelle ipotesi di espulsione (e conseguente divieto di reingresso) disposta dal giudice penale, la Corte UE, nella recentissima sentenza appena citata, ha effettivamente chiarito che la decisione dello Stato di valersi della clausola derogatoria può implicitamente ricavarsi dall’aver mantenuto, nella legge di trasposizione della direttiva, una disciplina incompatibile con la direttiva stessa (nel caso oggetto della decisione della Corte UE, la questione riguardava la possibilità, nei casi di espulsione conseguente alla commissione di un reato in materia di stupefacenti, di disporre un divieto di reingresso di durata indeterminata, in contrasto con il disposto dell’art. 11 § 2 della direttiva, secondo cui il divieto non deve di regola superare i cinque anni). La Corte ha peraltro anche precisato che, qualora (come nel caso dell’Italia) la legge di trasposizione sia intervenuta successivamente alla scadenza del termine concesso agli Stati dalla direttiva per l’adeguamento, la possibilità per lo Stato di invocare la deroga viene meno nell’ipotesi in cui il reingresso sia avvenuto quando erano già trascorsi cinque anni tra l’emanazione del divieto di reingresso e la data in cui la direttiva avrebbe dovuto essere recepita, perché in questi casi le norme della direttiva, nel periodo compreso tra tale data e quella di recepimento, erano direttamente applicabili, ed “*opporre l’uso della facoltà prevista dall’art. 2 § 2 dir. a una persona che poteva già avvalersi direttamente delle disposizioni interessate di tale direttiva avrebbe la conseguenza di aggravare la situazione di tale persona*” (§ 55). La sentenza conclude che “la direttiva 2008/115 deve essere interpretata nel senso che essa osta a che uno Stato membro preveda che un provvedimento di espulsione o di allontanamento anteriore di cinque o più anni al periodo compreso tra la data in cui tale direttiva avrebbe dovuto essere recepita e la data in cui tale recepimento è effettivamente avvenuto, possa successivamente di nuovo servire per fondare azioni penali, allorché tale provvedimento si basava su una sanzione penale a norma dell’articolo 2, paragrafo 2, lettera b), di detta direttiva e tale Stato membro ha fatto uso della facoltà prevista da tale disposizione”: applicando tale principio al caso che qui ci interessa, si ricava che, nei casi di violazione del divieto di reingresso disposto dal giudice penale, è legittima l’applicazione di norme penali interne incompatibili con la direttiva,

4.3.4

IL CONTRASTO CON IL PRINCIPIO DELL'EFFETTO UTILE DELL'APPLICAZIONE DELLA PENA DETENTIVA NEI CASI DI ILLECITO REINGRESSO

Chiarita dunque la riconducibilità dei casi di illecito reingresso all'ambito di applicazione della direttiva, è finalmente tempo di valutare se la giurisprudenza della Corte UE relativa alla direttiva consenta o meno in tali ipotesi l'applicazione di una pena detentiva: tema, come già accennato, sostanzialmente ignorato dalla decisione qui allo studio.

Come noto, la sentenza *El Dridi* aveva motivato il contrasto della pena detentiva prevista dall'art. 14 co. 5 *ter* per i casi di inottemperanza all'ordine di allontanamento con il principio dell'effetto utile: e ciò non tanto in relazione alla finalità della direttiva di garantire il rispetto dei diritti fondamentali dello straniero sottoposto alla procedura espulsiva, su cui si reggeva l'ordinanza di rinvio pregiudiziale, quanto piuttosto rispetto alla *finalità di implementare un sistema efficace* di esecuzione delle decisioni di rimpatrio. Tale impostazione aveva poi trovato conferma nella successiva sentenza *Achughbabian*, in cui il tema dei diritti fondamentali era rimasto estraneo all'argomentazione della Corte, e l'incompatibilità della pena detentiva prevista per il reato francese di ingresso e soggiorno irregolare era stata affermata sul presupposto che l'applicazione di una pena privativa della libertà nel corso della procedura di rimpatrio costituisse un ostacolo ad una esecuzione quanto più celere possibile dell'allontanamento dello straniero di cui era stata accertata l'irregolarità del soggiorno⁴².

Nell'ottica adottata dalla Corte, non ha allora alcun senso porsi il problema se la condotta di illecito reingresso esprima un contenuto di disvalore maggiore rispetto a quella di inottemperanza all'ordine di allontanamento, oggetto della sentenza *El Dridi*, o a quella di ingresso e soggiorno irregolare, su cui si è espressa la sentenza *Achughbabian*. Se infatti la Corte avesse motivato l'illegittimità comunitaria della pena detentiva comminata in tali situazioni con riferimento al principio di proporzionalità ed al rispetto dei diritti fondamentali, sarebbe stato necessario valutare se la condotta di illecito reingresso, che esprime una più pervicace volontà da parte dello straniero di non rispettare le regole sul soggiorno, fosse talmente più grave da giustificare una reazione punitiva consistente nella privazione in sede penale della libertà dello straniero. La Corte, invece, argomenta nel senso della violazione dell'effetto utile solo rispetto alla *finalità dell'efficienza*; in questa prospettiva, l'unico interrogativo rilevante è se la previsione della pena detentiva per lo straniero che fa illecitamente reingresso nel territorio di uno Stato dell'Unione costituisca o meno un ostacolo rispetto all'obiettivo di allontanare più rapidamente possibile gli stranieri irregolarmente soggiornanti. La risposta a tale quesito ci pare che debba essere senz'altro affermativa.

Il reato di cui all'art. 13 co. 13, infatti, ha come effetto quello di anteporre all'adozione della procedura di rimpatrio l'apertura del processo penale e l'espiazione della pena detentiva: cioè esattamente l'esito che la Corte UE intendeva scongiurare con le due pronunce più volte citate. Nella sentenza *Achughbabian*, in particolare, la Corte è stata molto esplicita nello stabilire che la direttiva non preclude agli Stati la possibilità di ricorrere alla sanzione penale, anche detentiva, nei confronti dello straniero irregolarmente soggiornante, *purché ciò non comprometta l'obbligo stabilito all'art. 8 della direttiva di procedere con la massima celerità al suo allontanamento*⁴³. La pena detentiva, in altri termini, è conforme alla direttiva se viene applicata *dopo* che la procedura amministrativa sia stata infruttuo-

purché si tratti di divieti emanati dopo l'approvazione della legge di trasposizione, ed in relazione ai quali quindi la direttiva non è mai risultata applicabile.

42. Per una interessante valutazione critica del procedimento motivazionale della Corte UE, che ha sostanzialmente ignorato l'altra finalità della direttiva di tutelare i diritti fondamentali dello straniero, cfr. SPITALERI, *L'interpretazione della direttiva rimpatri tra efficienza del sistema e tutela dei diritti dello straniero*, in *Dir., imm., citt.*, 2013, n. 1, p. 15 ss.

43. Cfr. in particolare § 45: "Tanto dal dovere di lealtà degli Stati membri, quanto dall'esigenza di efficienza ricordata in particolare dal quarto 'considerando' della direttiva 2008/115, discende che l'obbligo che l'art. 8 di tale direttiva impone agli Stati di procedere all'allontanamento, nelle ipotesi illustrate al n. 1 di questo articolo, deve essere adempiuto con la massima celerità. E' del tutto evidente che così non sarebbe se lo Stato membro interessato, dopo aver accertato il soggiorno irregolare del cittadino di un paese terzo, anteponesse all'esecuzione della decisione di rimpatrio, o addirittura alla sua stessa adozione, un procedimento penale, eventualmente seguito dalla pena della reclusione. Tale modo di agire ritarderebbe l'allontanamento".

samente esperita⁴⁴, ma non deve con essa interferire, perché altrimenti verrebbe frustrata la finalità della direttiva di garantire l'efficienza del sistema di rimpatrio.

La logica della Corte è chiarissima. Gli Stati ricorrano pure alla pena detentiva nei confronti dei migranti irregolari, a condizione che ciò non comprometta l'esigenza, prioritaria nell'ottica del legislatore europeo, di eseguire con tutti i mezzi (anche coercitivi) previsti dalla direttiva il pronto allontanamento dello straniero irregolarmente soggiornante. Processare in sede penale e tenere in carcere lo straniero irregolare per un periodo di tempo che, considerati i limiti edittali del delitto di cui all'art. 13 co. 13, può essere anche molto lungo, contrasta con gli scopi della direttiva, quale che sia la specifica forma di irregolarità (inottemperanza all'ordine di allontanamento, mera irregolarità del soggiorno, reingresso illecito) che connota la permanenza dello straniero⁴⁵.

L'unico argomento che si potrebbe addurre per sostenere come tale principio non sia d'ostacolo all'applicazione del delitto di illecito reingresso è che in tali ipotesi la procedura di rimpatrio è già stata portata a compimento con l'effettivo allontanamento ed il contestuale divieto di reingresso; di talché l'applicazione della pena detentiva interverrebbe *dopo*, e non prima o durante, la *procedura espulsiva*. Tale argomento, tuttavia, peccherebbe di evidente formalismo. Una volta che lo straniero rimpatriato abbia fatto ritorno illegalmente in Italia, poco importa, nell'ottica 'efficientista' della Corte UE, che tempo prima il rimpatrio sia stato effettivamente eseguito: il dato con cui confrontarsi attualmente è che egli si trova irregolarmente nel territorio di uno Stato dell'Unione, e la direttiva impone di fare quanto possibile ed il più celermente possibile per allontanarlo nuovamente. La circostanza che in passato lo straniero sia già stato sottoposto ad espulsione, e dunque il suo ritorno evidenzia una particolare pervicacia nel violare la normativa sul soggiorno, potrebbe al più giustificare, nell'ottica della direttiva, il ricorso a procedure meno garantite (ad es., immediato accompagnamento coattivo in luogo della partenza volontaria), ma certo non fa venir meno l'obbligo dello Stato di allontanarlo al più presto dal proprio territorio: una nuova procedura di espulsione deve essere riaperta e condotta celermente in porto, questo è quanto impone la direttiva nell'ipotesi di illecito reingresso come in tutte le ipotesi di irregolarità del soggiorno.

Se poi tale procedura si sarà conclusa infruttuosamente, in quanto neanche l'applicazione degli strumenti coercitivi previsti dalla direttiva avrà consentito l'effettiva esecuzione del rimpatrio, lo Stato potrà – solo allora – infliggere allo straniero una sanzione detentiva per la sua condotta di illecito reingresso; ma ciò potrà avvenire, per l'appunto, solo dopo che l'autorità amministrativa si sia attivata per l'esecuzione del rimpatrio, e non prima, come avviene invece attualmente nel sistema italiano.

4.3.5

LA DISAPPLICAZIONE DIRETTA DEL DELITTO DI ILLECITO REINGRESSO O IL RINVIO PREGIUDIZIALE ALLA CORTE DI GIUSTIZIA UE

La conclusione che precede ci pare derivare pianamente dalla giurisprudenza della Corte UE, ed in modo particolare dalla sentenza *Achughbaban*, che la decisione della Cassazione poc'anzi esaminata ha semplicemente omesso di considerare. Tanto evidente è il contrasto della previsione della pena detentiva per le ipotesi di illecito reingresso con i principi affermati in sede europea, che la Cassazione ben avrebbe potuto, come chiedeva in via principale il Procuratore generale ricorrente, procedere direttamente a disapplicare la fattispecie incriminatrice, assolvendo l'imputato perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato.

44. Cfr. § 48: "La direttiva 2008/115 non osta, in particolare, all'irrogazione di sanzioni penali, ai sensi delle norme nazionali di procedura penale, a cittadini di paesi terzi cui sia stata applicata la procedura di rimpatrio prevista da tale direttiva e che soggiornino in modo irregolare nel territorio di uno Stato membro senza che esista un giustificato motivo che preclude il rimpatrio".

45. Cfr. in questo senso Trib. Roma, 9 giugno 2011, cit. ("se l'obiettivo dello Stato, di fronte ad una condizione di accertata irregolarità del cittadino di Paese terzo che abbia fatto rientro senza autorizzazione ministeriale nello Stato, è quello dell'allontanamento di questi dal territorio, risulta non solo incompatibile con il sistema dell'Unione, ma anche palesemente irragionevole, costoso ed inefficace, il farraginoso meccanismo previsto dall'art. 13 co. 13 e 13 bis, che si inserisce, peraltro, in via incidentale, nell'ambito del procedimento amministrativo di espulsione, non consentendo l'obiettivo finale dell'allontanamento dello straniero, cui lo Stato è, invece, tenuto in forza della direttiva") e CAVALLONE, (*In*)compatibilità, cit., p. 783 s.

Il Supremo Collegio, invece, non soltanto non ha ritenuto di derivare dalla giurisprudenza europea conclusioni che pure ci sembrano di palmare evidenza, ma non ha neppure accolto la richiesta, pure avanzata in subordine dal ricorrente, di disporre rinvio pregiudiziale alla Corte UE perché chiarisca in via definitiva la questione.

Tale decisione lascia a dir poco perplessi, tanto più se si considera che, ai sensi dell'art. 267 § 3 TFUE, quando una questione di interpretazione è sollevata davanti ad una giurisdizione di ultima istanza, questa è *tenuta* a rivolgersi alla Corte UE, a meno che l'atto comunitario sia chiaro, ovvero sia già stato chiarito dalla Corte di giustizia⁴⁶. La Cassazione avrebbe potuto semmai evitare il rinvio pregiudiziale procedendo alla disapplicazione dell'art. 13 co. 13 ritenendo ormai "chiarito" dalla giurisprudenza della Corte UE il suo contrasto con la direttiva rimpatri; ma non certo sottrarsi all'obbligo di formulare tale rinvio di fronte ad argomenti così solidi come quelli articolati dal Procuratore ricorrente.

Ci pare, per concludere sul punto, che le decisioni *El Dridi* ed *Achughbabian* offrano solidi argomenti per ritenere fondata una richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte UE, affinché essa decida *se, alla luce della propria giurisprudenza relativa all'interpretazione della direttiva 115/2008, le disposizioni di detta direttiva, ed in particolare gli art. 15 e 16, ostino alla possibilità che la normativa nazionale consenta la reclusione sino a quattro anni di un cittadino di un paese terzo che, dopo essere stato una prima volta rimpatriato, abbia fatto nuovamente ingresso nel territorio dello Stato in violazione di un divieto di reingresso, senza che tale cittadino sia stato previamente sottoposto alle misure coercitive previste dall'art. 8 della direttiva al fine dell'esecuzione del suo allontanamento.*

Nei prossimi mesi, certo non mancheranno le occasioni per sollevare una tale questione: è vero, infatti, che i procedimenti *ex art. 13 co. 13* sono assai meno numerosi di quelli che, prima della sentenza *El Dridi*, venivano celebrati per la fattispecie di cui all'art. 14 co. 5 *ter*; ma il delitto qui all'esame rimane comunque di frequente applicazione nella aule di giustizia, anche in considerazione del fatto che è ancora previsto *ex art. 13 co. 13 ter* l'arresto obbligatorio anche fuori dei casi di flagranza ed il rito direttissimo. L'auspicio è allora che anche in questa occasione i nostri giudici si mostrino sensibili ai profili di compatibilità delle norme penali interne con il diritto dell'Unione, e consentano alla Corte di giustizia di esprimersi sulla questione, non reputando ostativa alla formulazione di un rinvio pregiudiziale il frettoloso e discutibile orientamento su cui pare essersi attestata la giurisprudenza di legittimità.

4.4

LA QUESTIONE DI COSTITUZIONALITÀ PER VIOLAZIONE DELL'ART. 3 COST

I profili di legittimità al metro del diritto UE rivestono senz'altro un ruolo di primario rilievo nel giudizio relativo al delitto in esame. Non mancano, tuttavia, dopo l'ultima riforma dei reati in materia di irregolarità del soggiorno del 2011, elementi di problematicità anche in prospettiva costituzionale.

La questione dell'incostituzionalità dell'art. 13 co. 13 per violazione dell'art. 3 Cost. è già stata in passato portata all'attenzione della Corte costituzionale sotto il profilo dell'*irragionevolezza del trattamento sanzionatorio*. Con l'ordinanza 261/2005, in particolare, la Corte aveva dichiarato manifestamente infondata la questione sollevata dal Tribunale di Trani, che riteneva irragionevolmente sproporzionata la pena allora comminata per il delitto in questione (arresto da sei mesi ad un anno) rispetto a quella prevista per le ipotesi di inottemperanza ad un ordine dell'autorità dalla fattispecie generale di cui all'art. 650 c.p. (arresto sino a tre mesi o ammenda sino a 206 euro): la Corte, dopo avere ricordato come la dosimetria sanzionatoria del legislatore sia censurabile solo se manifestamente irragionevole, aveva ritenuto di "escludere che tale ultima evenienza si verifichi, essendo evidente come il confronto prospettato dal giudice remittente tra

46. Cfr. in particolare, per l'elaborazione della cd. dottrina dell'atto chiaro, CGUE, 6 ottobre 1982, C-238/81, *Cilfit*.

la fattispecie impugnata ed il reato di cui all'art. 650 c.p. sia incongruo, attesa l'evidente diversità esistente tra la generica inosservanza dei provvedimenti dell'autorità e la trasgressione dello specifico divieto di rientrare nel territorio conseguente al provvedimento di espulsione emesso nei confronti dello straniero, diversità che dà ragione del differente trattamento sanzionatorio⁴⁷.

Rispetto, tuttavia, al dato normativo in relazione al quale si è espressa la Corte, la riforma del 2011 ha introdotto una modifica di grande importanza ai fini che qui interessano. Come già abbiamo visto sopra, infatti, mentre sino al 2011 i delitti di inottemperanza all'ordine di allontanamento e quelli di illecito reingresso erano puniti con la medesima pena detentiva, l'ultima riforma ha sostituito per i primi la pena della reclusione con quella della multa, mentre ha lasciato inalterato il trattamento sanzionatorio previsto per i secondi. In un ipotetico giudizio di costituzionalità per violazione dell'art. 3 Cost., allora, il *tertium comparationis* rispetto al quale valutare la ragionevolezza della pena prevista per il delitto di illecito reingresso potrebbe non essere più la fattispecie di cui all'art. 650 c.p., bensì quella di cui all'art. 14 co. 5 *ter*, che presenta tratti assai più marcati di omogeneità con la fattispecie in esame rispetto alla disposizione codicistica.

In tutte le (numerose) occasioni in cui di fronte alla Corte costituzionale è stata eccepita l'irragionevole disparità di trattamento tra la fattispecie generale di inottemperanza ad un ordine dell'autorità di cui all'art. 650 c.p. e alcune figure speciali di inottemperanza in materia di diritto penale dell'immigrazione (non solo l'art. 13 co. 13, ma anche e soprattutto l'art. 14 co. 5 *ter*⁴⁸), la Corte ha replicato dichiarando incongruo il *tertium comparationis*, posto che le specifiche finalità di tutela proprie del diritto penale dell'immigrazione rendevano non irragionevole la previsione di un diverso, e particolarmente rigoroso, trattamento sanzionatorio⁴⁹. Individuando invece come *tertium comparationis* l'art. 14 co. 5 *ter*, l'argomento della specificità del bene giuridico del delitto di illecito reingresso non sarebbe più spendibile, posto che l'interesse oggetto di tutela (il controllo dei flussi migratori) è identico per le due fattispecie, come per tutte quelle in materia di diritto penale dell'immigrazione, ed identica è altresì la carica di lesività di ciascuna condotta rispetto a tale interesse (in entrambi i casi, il soggetto si trattiene irregolarmente nel territorio dello Stato in violazione di un ordine dell'autorità).

In verità, in passato non sono mancati i tentativi di motivare l'incostituzionalità di una fattispecie in materia di immigrazione mediante un confronto interno con un'altra fattispecie del medesimo settore punita in maniera diversa senza che, a giudizio dei giudici remittenti, fosse possibile scorgere una ragionevole giustificazione di tale diversità. La Corte, pur non lesinando critiche anche severe alla razionalità del sistema punitivo risultante dai numerosi e poco coerenti interventi di riforma succedutisi negli anni⁵⁰,

47. Di analogo tenore l'ordinanza n. 156/2009, ancora di manifesta inammissibilità, relativa questa volta al trattamento sanzionatorio introdotto nel 2004 e a tutt'oggi vigente (reclusione da uno a quattro anni). Il giudice remittente riteneva che il significativo inasprimento sanzionatorio fosse privo di ragionevole giustificazione ed inoltre, avendo condotto all'equiparazione della pena prevista per le ipotesi di violazione del divieto di reingresso disposto dall'autorità amministrativa (art. 13 co. 13) e per quelle di violazione del divieto disposto dal giudice (art. 13 co. 13 *bis*), avesse comportato una irragionevole assimilazione di condotte dal disvalore profondamente diverso; la Corte replica valutando le scelte del legislatore non manifestamente irragionevoli, e ricordando che "ove non si riscontrino una sostanziale identità tra le fattispecie prese a raffronto e si rilevi, invece, come asseritamente avviene nel caso in esame, una sproporzione sanzionatoria rispetto a condotte più gravi, un eventuale intervento di questa Corte non potrebbe rimodulare le sanzioni previste dalla legge, senza sostituire la propria valutazione a quella che spetta al legislatore".

48. Per una rassegna delle diverse pronunce della Corte costituzionale aventi ad oggetto la congruità del trattamento sanzionatorio previsto per il delitto di cui all'art. 14 co. 5 *ter*, cfr. MASERA, *Addio art. 14*, cit., p. 7786 ss.

49. Cfr. in particolare C. Cost. n. 22/2007, in *Dir., imm., citt.*, 2007, n. 1, p. 173 ss., secondo cui nella disposizione codicistica "non è rinvenibile la finalità che il legislatore intende perseguire con la norma oggetto delle questioni sollevate nel presente giudizio: il controllo dei flussi migratori e la disciplina dell'ingresso e della permanenza degli stranieri nel territorio nazionale"; sull'importanza del controllo dei flussi migratori, cfr. poi C. Cost. n. 250/2010, cit., p. 1362, secondo cui "l'ordinata gestione dei flussi migratori si presenta, in specie, come un *bene giuridico 'strumentale'*, attraverso la cui salvaguardia il legislatore attua una protezione in forma avanzata del complesso di beni pubblici 'finali', di sicuro rilievo costituzionale (quali, ad es., la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in materia di immigrazione) suscettivi di essere compromessi da fenomeni di immigrazione incontrollata".

50. Cfr. ancora C. Cost., n. 22/2007, cit.: "occorre riconoscere che il quadro normativo in materia di sanzioni per l'ingresso illecito o trattenimento di stranieri nel territorio nazionale, risultante dalle modificazioni che si sono succedute negli ultimi anni, anche per interventi legislativi successivi a pronunce di questa Corte, presenta *squilibri, sproporzioni e disarmonie*, tali da rendere problematica la verifica di compatibilità con i principi costituzionali di

ha tuttavia sempre ritenuto che gli squilibri pur presenti nella dosimetria sanzionatoria non fossero di gravità tale da consentire una censura di incostituzionalità, sottolineando altresì che il sindacato di costituzionalità è ammissibile “solo se si appalesi una evidente violazione del canone della ragionevolezza, in quanto ci si trovi di fronte a fattispecie di reato sostanzialmente identiche, ma sottoposte a diverso trattamento sanzionatorio”⁵¹.

Applicando tali principi al caso che qui ci interessa, è innegabile che i delitti di inottemperanza all'ordine di allontanamento e di illecito reingresso, pur presentando la medesima oggettività giuridica, siano strutturalmente diversi: già abbiamo ricordato sopra come tanto la Cassazione, quanto la Corte costituzionale, abbiano in particolare sottolineato come in un caso la fattispecie abbia natura omissiva, nell'altro commissiva, sicché non sia possibile affermarne la “sostanziale identità” richiesta dalla Corte costituzionale per instaurare un giudizio di comparazione rilevante ai fini di una censura di incostituzionalità.

Anche ammettendo tale diversità di struttura, non si può tuttavia non notare come la differenziazione del trattamento sanzionatorio sia davvero eclatante. Nei casi portati all'attenzione della Corte, si trattava di fattispecie simili, che venivano sanzionate con pene sì diverse, ma comunque rientranti nella stessa fascia di gravità; nel caso in esame, invece, due reati ugualmente lesivi del medesimo bene giuridico vengono puniti in un caso con la sola pena pecuniaria, e nell'altro con una sanzione detentiva tale da consentire addirittura la custodia cautelare in carcere: si passa cioè dalla fascia più bassa di risposta punitiva, a quella più alta, prevista per i reati di significativo allarme sociale.

Un tale dato quantitativo non ci pare possa essere ignorato. L'insegnamento tradizionale della Corte costituzionale in materia di incostituzionalità *ex art. 3 Cost.* è che l'irragionevolezza di una scelta legislativa può essere censurata solo se manifesta. Qui ci troviamo di fronte ad una divaricazione sanzionatoria che non potrebbe essere più netta, rispetto a due fattispecie che sino al 2011 erano punite esattamente allo stesso modo, e che ora invece, senza alcuna giustificazione politico-criminale, sono collocate agli estremi opposti della scala di gravità degli illeciti penali. E' vero, allora, che non si tratta di fattispecie identiche, ed una diversità di cornici edittali non sarebbe di per sé censurabile; ma se tale diversità raggiunge livelli estremi, ci pare possa fondatamente sostenersi una irragionevolezza talmente manifesta della scelta punitiva, da giustificare la censura di costituzionalità anche in mancanza del presupposto della sostanziale identità delle fattispecie.

La tradizionale cautela della Corte costituzionale nel censurare l'irrazionalità della dosimetria sanzionatoria rende peraltro assai difficile prevedere un accoglimento della questione, qualora questa fosse portata alla sua attenzione. La giurisprudenza degli ultimi anni (specie in materia di diritto penale dell'immigrazione) ci ha mostrato una Corte assai attenta a non travalicare lo spazio della discrezionalità politico-criminale del legislatore in materia di scelte sanzionatorie: un accoglimento in questo caso della questione rappresenterebbe un (inatteso, per quanto a nostro avviso auspicabile) *revirement*, che potrebbe segnare una svolta significativa anche al di là del diritto dell'immigrazione. In relazione, però, allo specifico tema del delitto di illecito reingresso, i profili di illegittimità comunitaria ci paiono sicuramente prevalenti su quelli costituzionali, anche perché l'irragionevole disparità di trattamento che si chiederebbe alla Corte costituzionale di censurare altro non è che la conseguenza dell'eliminazione della pena detentiva operata dalla Corte UE riguardo al delitto di inottemperanza all'ordine di allontanamento, e dunque la soluzione del problema con le categorie del diritto dell'Unione sarebbe più armonica con il complessivo sviluppo della problematica.

uguaglianza e di proporzionalità della pena e con la finalità rieducativa della stessa”.

51. C. cost. n. 22/2007, cit.

5 CONCLUSIONI

A distanza di più di due anni da quando è stata pronunciata la sentenza *El Dridi*, il diritto penale dell'immigrazione continua a fornire spunti interessanti allo studioso dei rapporti tra fonti europee e diritto penale: la differenza tra incompatibilità comunitaria diretta o mediata della norma incriminatrice, da un lato, e l'estensione dei principi affermati dalla Corte UE a fattispecie diverse da quella oggetto di rinvio pregiudiziale, dall'altro, sono le tematiche di carattere generale che l'analisi della giurisprudenza più recente sul delitto di illecito reingresso ci ha condotto ad affrontare.

Vogliamo concludere, però, con una riflessione relativa allo specifico del diritto penale dell'immigrazione. Dopo la sentenza *El Dridi*, la Cassazione non aveva avuto incertezze nel dare piena applicazione ai principi affermati dalla Corte UE, procedendo subito anche alla revoca dei giudicati di condanna. In relazione invece al delitto di illecito reingresso, si assiste ad un evidente tentativo di ridurre la portata applicativa della giurisprudenza europea, negandone la rilevanza in ordine a tale reato con argomentazioni assai poco convincenti. E' come se la Cassazione, una volta che la sentenza *El Dridi* ha tolto di mezzo la fattispecie più "ingombrante" del diritto penale dell'immigrazione ed ha costretto il legislatore ad un intervento di complessiva revisione del sistema di esecuzione dei rimpatri, non abbia più intenzione di rimettere in discussione la legittimità comunitaria della normativa penale interna successiva alla riforma, forse nel timore di introdurre un nuovo elemento di instabilità in un sistema che, dopo anni di fibrillazione, pare aver raggiunto un punto di equilibrio. Così facendo, però, viene tollerato un uso della sanzione detentiva nei confronti degli stranieri irregolari, che risulta palesemente incompatibile con i principi affermati dalla giurisprudenza della Corte UE.

Manca, insomma, solo un ultimo passo per conformare il sistema penale interno alle prescrizioni europee: ma è un passo che la giurisprudenza interna, o la Corte UE qualora venga investita della questione, non può più tardare a compiere.

Giudicato penale e resistenza alla *lex mitior* sopravvenuta: note sparse a margine di Corte Cost. n. 210 del 2013

Abstract. La Corte costituzionale, pur accogliendo, con la sentenza n. 210 del 2013, un incidente sollevato dalle Sezioni unite penali della Corte di cassazione per consentire ai “fratelli minori” di Scoppola di conseguire dal giudice dell’esecuzione la commutazione dell’ergastolo nella pena detentiva di trenta anni di reclusione, mantiene ferma in ogni altro caso la stabilità del giudicato di condanna dinanzi alla sopravvenuta *lex mitior*. Tuttavia alcune sue recenti decisioni, produttive di uno *ius superveniens* più favorevole al reo, potrebbero determinare effetti anche in sede esecutiva, alla luce di quanto dispongono gli artt. 136 Cost. e 30 legge n. 87 del 1953.

SOMMARIO

1. PREMessa. – 2. LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE SUCCESSIVA ALLA SENTENZA SCOPPOLA DELLA CORTE EDU. – 3. ALCUNI INTERROGATIVI A MARGINE DELLA SENTENZA 18 LUGLIO 2013 N. 210 DELLA CORTE COSTITUZIONALE. – 4. I “CASI” NASCENTI DA DECISIONI RECENTI DI INCOSTITUZIONALITÀ. – 4.1. RICOGNIZIONE. – 4.2. GLI EFFETTI DELLE DECISIONI N. 21/2012 E N. 7/2013 DELLA CORTE COSTITUZIONALE. – 4.3. (SEGUE) LA DECISIONE N. 68/2012. – 4.4. (SEGUE) LA SENTENZA N. 251/2012. – 4.5. (SEGUE) LA DECISIONE N. 183/2011. – 5. CONCLUSIONI.

1 PREMESSA

Heri dicebamus. È trascorso poco più di un anno da quando fu depositata l’ordinanza con la quale le Corte di cassazione, a sezioni riunite¹, aveva rimesso alla Consulta la questione di legittimità costituzionale degli artt. 7 e 8 d.l. 24 novembre 2000 n. 341, convertito nella legge 19 gennaio 2001 n. 4, e cioè, in termini meno criptici, la questione dell’applicabilità della sentenza 17 novembre 2009 della Corte EDU, in causa Scoppola contro Italia, anche a quanti, trovandosi nelle medesime condizioni dello Scoppola, non avevano nei termini proposto ricorso a Strasburgo. Nel commentarla² avevamo espresso alcune perplessità. Che non riguardavano tanto il risultato, da ritenere scontato (nella specie, il diritto di chi versasse in condizione analoga a quella dello Scoppola a vedersi infliggere la pena di trent’anni di reclusione in luogo di quella dell’ergastolo), quanto le ragioni di un percorso dalle ricadute sistematiche imprevedibili.

Come Viganò³ ha già puntualmente posto in evidenza all’indomani del deposito della sentenza n. 210 del 2013 della Corte costituzionale, che ha risolto la questione

1. Cass., Sez. un., 19 aprile 2012 n. 34472, in *Dir. pen. cont.*, con commento di VIGANÒ, *Le Sezioni unite rimettono alla Corte costituzionale l’adeguamento del nostro ordinamento ai principi sanciti dalla Corte EDU nella sentenza Scoppola*, 12 settembre 2012.

2. ROMEO, *Le Sezioni unite sull’applicabilità in executivis della sentenza 17 settembre 2009 della Corte EDU in causa Scoppola c. Italia: una doverosa postilla*, in *Dir. pen. cont.*, 5 ottobre 2012.

3. VIGANÒ, *La Corte costituzionale sulle ricadute interne della sentenza Scoppola della Corte EDU*, in *Dir. pen. cont.*, 19 luglio 2013.

2

LA GIURISPRUDENZA DELLA
CORTE DI CASSAZIONE
SUCCESSIVA ALLA SENTENZA
SCOPPOLA DELLA CORTE EDU

proposta, il giudice delle leggi chiude il discorso quanto al problema specifico in esame, dichiarando l'illegittimità costituzionale del citato art. 7 e consentendo così al giudice dell'esecuzione di modificare il giudicato, dinanzi alle istanze di sostituzione della pena dell'ergastolo con quella di trent'anni di reclusione proposte dai "fratelli minori" di Scoppola; ma rifiuta di aprire "al buio" squarci nel già fragile tessuto dell'intangibilità del giudicato, come ventilato, sia pure tra le righe, dalle Sezioni unite.

Ed è motivo di soddisfazione verificare che molti dei dubbi espressi allora sulla solidità dell'impianto argomentativo del provvedimento di rimessione sono stati ritenuti fondati dalla sentenza costituzionale.

Senza entrare nei dettagli, basterà limitarsi a segnalare quanto avevamo avuto modo di notare sulla natura della sentenza Scoppola come «sentenza pilota», sulla molteplicità dei mezzi utilizzabili per l'adeguamento dell'ordinamento interno alle decisioni della Corte europea (essendo fatto obbligo allo Stato nella sua interezza e non alla sola autorità giudiziaria di adoperarsi affinché gli effetti normativi lesivi della CEDU cessino), sul dovere primario del Parlamento di intervenire con una legge (ma anche del governo che avrebbe potuto, attraverso il dicastero della giustizia e previa selezione dei casi identici a quello Scoppola, proporre al Presidente della Repubblica la commutazione della pena), sulla presunta crisi dell'irrevocabilità del giudicato e, infine, sulla improbabile eccezione di incostituzionalità *ex art. 3 Cost.*: rilievi, tutti, condivisi dal giudice delle leggi e sui quali le Sezioni unite non erano parse sempre puntuali.

Peraltro, come dalle stesse Sezioni unite già posto in rilievo, la Consulta ricorda che nella specie, a seguito delle misure assunte dall'ordinamento nazionale, ritenute esauritive dalla Corte EDU, il caso era stato chiuso, anche perché lo Stato italiano aveva comunicato che alla luce dell'«effetto diretto» accordato dai giudici italiani alle sentenze della Corte europea, e in vista delle possibilità offerte dalla procedura dell'incidente di esecuzione ai condannati in condizione simile a quella dello Scoppola, «le autorità italiane considerano che la pubblicazione e la diffusione della sentenza della Corte europea ai tribunali competenti costituiscono misure sufficienti per prevenire violazioni simili».

Detto in altri termini, la difesa del governo italiano dinanzi alla Corte sopranazionale aveva sostenuto che violazione della convenzione non v'era giacché chi si fosse trovato in condizione analoga a quella di Scoppola avrebbe potuto chiedere e ottenere, mediante incidente di esecuzione della sentenza di condanna all'ergastolo, la sostituzione di quest'ultimo con la pena di trent'anni di reclusione.

Roma locuta, causa finita? Tutt'altro: perché quel che autorità governative possono affermare (e affermano, come in questo caso) in una sede internazionale per evitare spiacevoli conseguenze non costituisce vincolo per l'autorità giudiziaria, dato il suo statuto costituzionale di indipendenza.

È così accaduto che, se allo Scoppola la Corte di cassazione aveva assicurato il risultato agognato, sia pure con la discutibile procedura del ricorso straordinario per errore di fatto *ex art. 625-bis c.p.p.*⁴, molti giudici dell'esecuzione in altri casi avevano rifiutato la sostituzione, sul rilievo che il giudicato non poteva essere infranto senza l'allegazione, da parte del condannato, di una sentenza sopranazionale che costituisse titolo idoneo a modificarne contenuti e portata.

Sicché la Corte di cassazione fu investita, a partire dai primi del 2011, di una serie di ricorsi (delle Procure in caso di decisione favorevole ai condannati del giudice dell'esecuzione, dei condannati in caso contrario) aventi ad oggetto proprio la possibilità di conseguire *in executivis*, in forza della sentenza Scoppola della Corte EDU, la commutazione dell'ergastolo nella pena di trent'anni di reclusione.

4. Cass., sez. V, 11 febbraio 2010 n. 16507, in *Giur. it.*, 2010, con nota di FURFARO.

E le sentenze delle sezioni semplici che avevano cominciato a pronunciarsi, già sullo scorcio del 2011, sui casi sottoposti al loro esame, si erano espresse sempre nel senso che i “fratelli minori” di Scoppola avevano titolo ad ottenere in sede esecutiva quella commutazione se nel corso del giudizio di cognizione avevano chiesto di essere giudicati con rito abbreviato prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 341 del 2000⁵.

Come si vede, dunque, una soluzione più radicale di quella assunta, nell'aprile del 2012, dalle Sezioni unite e coerentemente applicativa, *omisso medio*, della sentenza europea: soluzione, peraltro, propugnata anche nella requisitoria scritta rassegnata all'udienza del 19 aprile 2012 dinanzi alle Sezioni unite dalla Procura generale della Repubblica presso la Corte di cassazione.

Per una serie di motivi che qui non mette conto di approfondire, ma che non si può escludere siano legati soprattutto ai tempi di deposito delle decisioni e alla successiva elaborazione e memorizzazione elettronica delle massime, le prime pronunce delle sezioni semplici sono rimaste nell'ombra per un non breve periodo di tempo e forse erano sconosciute al magistrato della Corte delegato dal Primo presidente all'esame preliminare dei ricorsi, che il 1° marzo 2012 gli segnalò l'opportunità dell'assegnazione, *ex art.* 610 c.p.p., di due ricorsi che trattavano della questione alle Sezioni unite, in considerazione della sua speciale importanza.

Sulla questione, dunque, non sussisteva alcun contrasto giurisprudenziale: tanto che nella stessa ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale delle Sezioni unite non si rinviene citazione di alcun precedente nell'uno o nell'altro senso delle sezioni semplici.

Paradossalmente, dunque, il giudice nazionale, al suo più alto vertice, aveva seguito sin dal primo momento una linea interpretativa rispettosa *tout court* degli impegni assunti dal governo italiano verso le autorità europee e comunque meno tortuosa di quella che ha condotto al risultato oggi acquisito all'ordinamento attraverso una pronuncia che ha efficacia *erga omnes*.

Dinanzi a questo *trend* della giurisprudenza delle sezioni semplici, seguito da una diversa opinione delle Sezioni unite, avrebbe mai potuto la Consulta non accogliere la questione da esse sollevata, sul presupposto che quella giurisprudenza era attestata su un'interpretazione conforme al *dictum* della Corte EDU e realizzava il risultato che proprio le Sezioni unite invocavano, ritenendolo precluso dalle disposizioni impugnate?

Riterremmo proprio di no, perché, a prescindere dalla considerazione – di modesto rilievo nel caso di specie – dei diversi effetti conseguenti a una pronuncia di accoglimento o ad una interpretativa di rigetto, le Sezioni unite avevano ritenuto di non seguire, ne fossero o non a conoscenza, la scelta “aperturista” delle sezioni semplici.

Ma, detto ciò, si deve dare atto, alla fine che avevano colto nel segno quegli studiosi i quali fin dal principio avevano ritenuto doveroso l'intervento *omisso medio* del giudice dell'esecuzione e, in sede di ricorso, della Corte di cassazione.

Ora, però, messo in disparte il problema legato alla vicenda Scoppola, restano aperti interrogativi “a margine” che, per quanto non toccati dalla sentenza della Corte costituzionale, ritagliata in modo secco sulla questione specifica oggetto di esame e tale, quindi, da non lasciare spazi allo scardinamento del giudicato, da molti ritenuto inarrestabile, riguardano lo stesso sistema penale nel suo complesso.

La Consulta ha modo di porre chiaramente in evidenza che resta ferma l'intangibilità della *res iudicata*, quando – escluso un generale carattere recessivo della certezza del giudicato di fronte alla lesione di diritti fondamentali, contrariamente a quanto avevano affermato le Sezioni unite – osserva che quella certezza può venir meno dinanzi alla “tutela della libertà personale, laddove essa venga ristretta sulla base di una norma

5. A partire da sez. I, 2 novembre 2011 n. 8689/2012, in *C.e.d. Cass.*, n. 252211, si segnalano in tal senso, della stessa sezione, *ex aliis*, le sentenze 10 gennaio 2012 n. 25227, *ivi*, n. 253093; 11 gennaio 2012 n. 5134, *ivi*, n. 251857; 13 novembre 2012 n. 48329, *ivi*, 254096.

incriminatrice successivamente abrogata oppure modificata in favore del reo”, ma aggiunge, a scanso di equivoci, che è affidata all’esclusiva valutazione del legislatore la ricorrenza di ragioni tali da accordare al valore della libertà personale prevalenza sulla stabilità del giudicato (e questo oggi accade nel caso di *abolitio criminis* per cui è prevista la revoca della sentenza – artt. 2, comma secondo, c.p. e 673 c.p.p. – e in quello di condanna a pena detentiva seguita da legge che preveda esclusivamente quella pecuniaria, nel quale la prima si converte nella seconda ai sensi dell’art. 135 c.p., a norma del precedente art. 2, terzo comma).

Dunque, non basterebbe una generica evocazione del diritto di libertà, neanche come diritto fondamentale della persona, per ritenere che si possa automaticamente intervenire su una condanna all’apparenza “ingiusta”; occorre un’espressa previsione legislativa.

Prendiamo, ad esempio, il caso di un reato per il quale sia intervenuta una modificazione legislativa che preveda una pena detentiva massima inferiore a quella minima in vigore all’epoca del fatto e del processo. Il condannato con sentenza irrevocabile deve espiare una pena superiore a quella massima vigente al momento dell’esecuzione; quello che abbia ancora il processo in corso per il medesimo reato (magari per disfunzioni giudiziarie che abbiano allungato i tempi processuali o per dilazioni artificiosamente determinate da lui stesso) beneficia del più mite trattamento sopravvenuto. Anche se sappiamo che lo stesso fattore “tempo che scorre” è un elemento idoneo a giustificare differenze di trattamento⁶, appare spontanea la domanda: rientra, o non, tra i diritti fondamentali, quello a subire una pena detentiva che non sia incompatibile con le leggi in vigore al momento dell’esecuzione?

Qui il meccanismo dell’art. 2, comma quarto, c.p. pare eccessivamente rigido e severo.

Ma vediamo che cosa accade specularmente: secondo il meccanismo previsto dalla disposizione citata, basta una disposizione di legge rimasta in vigore anche un giorno solo, che abbia stabilito un trattamento penale più mite rispetto alla *lex temporis* del reato e a quella della sentenza (magari di identico segno) a far guadagnare all’imputato una punizione meno severa (e in ipotesi molto meno severa) sia con riferimento al momento del commesso reato, sia a quello della sentenza che conclude il processo, cioè inadeguata al disvalore sociale del fatto.

Qui l’art. 2 c.p. appare ingiustificatamente lassista: non pare, infatti, che il *favor rei* possa giustificare anche conseguenze di tal fatta che sembrano irrazionali nello stesso senso che indusse la Corte costituzionale a dichiarare a suo tempo l’illegittimità costituzionale dell’art. 2, comma 5, c.p.⁷.

Ora, se si è davvero liberi da pregiudizi, è venuto il momento di interrogarsi sulla congruità di un sistema che conduce a conseguenze difficilmente accettabili dalla logica comune, sia nell’uno, sia nell’altro caso. Problemi, evidentemente, di pertinenza del legislatore: finché l’ordito normativo non muti, è impossibile che queste disfunzioni trovino rimedio nella sede giurisdizionale dell’esecuzione penale. Così come è altamente improbabile immaginare interventi caducatori, sia pure *in parte qua*, della Consulta.

Ci sarebbe, tuttavia, da domandarsi se sia conforme alla Cedu, sotto il profilo della violazione dei diritti umani, quanto meno il meccanismo che impone di eseguire una condanna a pena detentiva diventata, per effetto di *lex mitior* sopravvenuta nelle more dell’esecuzione, superiore al massimo editale previsto per il reato al momento del fatto e per tutto il corso del processo, e quindi non più coerente con il suo disvalore sociale.

6. *Ex multis*, Corte cost., 3 maggio 2002 n. 150; 12 aprile 2002 n. 108; 28 novembre 2001 n. 376.

7. Corte cost., 22 febbraio 1985 n. 51.

4

I "CASI" NASCENTI DA DECISIONI RECENTI DI INCOSTITUZIONALITÀ

Si può, peraltro, da subito, discutere se non possano insorgere, al banco giudiziario, dopo il passaggio in giudicato della condanna (e a volte, come si vedrà, anche prima), problemi nascenti da decisioni di illegittimità costituzionale. Molto improbabile, ma non impossibile, ad esempio, che l'*ius superveniens* più mite, nei termini di cui sopra (cioè relativamente alla misura della pena), sia dovuto a una sentenza della Consulta; ma se ciò accadesse, sarebbe difficile che il giudicato possa costituire una barriera insormontabile per la sua applicazione *in executivis*, tenuto conto di quanto la stessa sentenza 210/2013 afferma, avallando per implicito orientamenti già emersi nella giurisprudenza della Corte di cassazione a proposito della cd. aggravante incostituzionale (art. 61, comma primo, n. 11-*bis*, c.p.) dei quali questa *Rivista* ha dato conto a suo tempo⁸ e su cui pare superfluo tornare⁹.

4.1

RICOGNIZIONE

Ma, al di là di queste ipotesi futuribili, già può essere attuale (e utile) una serie di interrogativi che nascono da alcune sentenze di incostituzionalità rese negli ultimi tempi.

Basterà citarne alcune per rendersi conto dei problemi applicativi che possono crearsi (e alcuni dei quali sono già insorti).

Più in generale: quando, successivamente alla proposizione di ricorso per cassazione, è pubblicata una sentenza di illegittimità costituzionale di una disposizione penale che riguarda il giudizio sul merito dell'imputazione, il giudice di legittimità deve tenerne conto? E, in caso di risposta affermativa, a quali condizioni?

Vediamo nei dettagli.

Com'è noto, con due sentenze depositate a distanza di un anno l'una dall'altra, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 569 c.p. nella parte in cui stabilisce che, in caso di condanna pronunciata contro il genitore, rispettivamente per il delitto di alterazione (ipotesi di cui all'art. 567.2 c.p.) e di soppressione di stato (ipotesi di cui all'art. 566.2 c.p.), la perdita della potestà segua di diritto, così precludendosi al giudice ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore nel caso concreto¹⁰.

Ancora: nel 2012 due sentenze¹¹ hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p. nella parte in cui non prevede che la pena da esso comminata sia diminuita quando per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o circostanze dell'azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo, il fatto risulti di lieve entità, e dell'art. 69, comma quarto, c.p. nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73, comma 5, t. u. stup. sulla recidiva di cui all'art. 99, quarto comma, c.p.

Avuto riguardo alla circostanza che le sentenze in questione sono tutte riferibili al giudizio di merito, sorgono spontanee due domande: *quid iuris* per le decisioni di condanna impugnate con ricorso per cassazione, ovvero divenute irrevocabili prima della pubblicazione delle declaratorie di incostituzionalità e non ancora interamente eseguite?

Qui converrà forse distinguere.

8. Cass., sez. I, 27 ottobre 2011 n. 977/2012, in *Dir. pen. cont.*, con nota di SCOLETTA, *Aggravante della clandestinità: la Cassazione attribuisce al giudice dell'esecuzione il potere di dichiarare la non eseguibilità della porzione di pena riferibile all'aggravante costituzionalmente illegittima*, 19 gennaio 2012.

9. Scrivono i giudici costituzionali: "A questa Corte compete perciò di rilevare che, nell'ambito del diritto penale sostanziale, è proprio l'ordinamento interno a reputare recessivo il valore del giudicato, in presenza di alcune sopravvenienze relative alla punibilità e al trattamento punitivo del condannato. Al giudice comune, e in particolar modo al giudice rimettente, quale massimo organo di nomofilachia compete, invece, di determinare l'esatto campo di applicazione in sede esecutiva di tali sopravvenienze, ovvero della dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice [art. 30, quarto comma, della legge 11 marzo 1953 n. 87], e, nell'ipotesi in cui tale determinazione rilevi ai fini della proposizione di una questione di legittimità costituzionale, spiegarne le ragioni in termini non implausibili. Nel caso in esame le sezioni unite rimettenti, con motivazione che soddisfa tale ultimo requisito, hanno argomentato che, in base all'art. 30, quarto comma, della legge n. 87 del 1953, il giudicato penale non impedisce al giudice di intervenire sul titolo esecutivo per modificare la pena, quando la misura di questa è prevista da una norma di cui è stata riconosciuta l'illegittimità convenzionale, e quando tale riconoscimento sorregge un giudizio altamente probabile di illegittimità costituzionale della norma per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost."

10. Corte cost., 23 febbraio 2012 n. 31, in *Dir. pen. cont.*, con nota di LEO, e Corte Cost., 23 gennaio 2013 n. 7, *ivi*, con commento di MANES, *La Corte costituzionale ribadisce l'irragionevolezza dell'art. 569 c.p. ed aggiorna la "dottrina" del "parametro interposto"* (art. 117, comma primo, Cost.), 28 gennaio 2013.

11. Rispettivamente Corte cost., 23 marzo 2012 n. 68, in *Dir. pen. cont.*, con commento di GRIECO, *Illegittimo l'art. 630 c.p. nella parte in cui non prevede una diminuzione di pena per i fatti di lieve entità*, 26 marzo 2012, e Corte cost., 15 novembre 2012 n. 251, *ivi*, con scheda di LEO.

4.2

GLI EFFETTI DELLE DECISIONI N.
21/2012 E N. 7/2013 DELLA CORTE
COSTITUZIONALE

Se pende giudizio di cassazione, la sopravvenuta dichiarazione di illegittimità dell'art. 569 c.p. *in parte qua*, eliminando l'automatismo applicativo della pena accessoria, impone evidentemente una regressione del procedimento alla fase di merito, essendo interdotta al giudice di legittimità la valutazione dell'interesse del minore nel caso concreto. Conseguentemente, la condanna impugnata dovrebbe essere annullata con rinvio.

Più complessa la situazione se la condanna per uno dei reati di cui agli artt. 566.2 o 567.2 c.p. è passata in giudicato: qui l'operazione che dovrebbe compiere il giudice dell'esecuzione eventualmente adito con incidente per l'eliminazione della pena accessoria non sembra analoga a quella conseguente alla espunzione del *quantum* di pena imputabile a una circostanza aggravante e indicato nella motivazione della sentenza (operazione che, secondo la giurisprudenza ormai consolidata, è imposta dal tenore degli artt. 136 Cost. e 30 legge n. 87 del 1953). Difatti, essa dovrebbe comportare una valutazione dell'interesse del minore che – stante l'automatismo pregresso nell'applicazione della sanzione accessoria – mai potrebbe rinvenirsi nella sentenza e che non può essere riconosciuta, in assenza di una previsione legislativa, al giudice dell'esecuzione.

Né esistono strumenti per riaprire il processo e consentire al giudice della cognizione quella valutazione che *illo tempore* mancò e che, per gli effetti retroattivi della dichiarazione di incostituzionalità, si sarebbe dovuta allora (e si dovrebbe oggi) eseguire.

A questa lacuna legislativa, che pure potrebbe essere colmata integrando con un'ulteriore e più generica previsione l'art. 630 c.p.p., è possibile porre rimedio con una sentenza additiva della Corte costituzionale (ad esempio, sulla falsariga di quanto già praticato con la sentenza n. 113 del 2011¹², in tema di revisione del processo ritenuto “non equo” dalla Corte EDU)?

Domanda non semplice; ma la perdurante inerzia del legislatore e l'affievolirsi di quel tradizionale *self-restraint* della Consulta nell'assumere ruoli di supplenza potrebbero aprire spiragli in questa direzione e incoraggiare la proposizione di un incidente di costituzionalità *ad hoc*, non sembrando conforme a diritto tenere ferma una sanzione inflitta senza una ponderazione degli interessi del minore e quindi potenzialmente lesiva di un valore la cui tutela è costituzionalmente obbligata.

Sui temi appena accennati non risultano sin qui pronunce nella giurisprudenza di legittimità. La quale, invece, si è già espressa su questioni conseguenti alle altre due declaratorie di incostituzionalità sopra evocate (sentenze n. 68 e 251 del 2012).

4.3

(SEGUE) LA DECISIONE N. 68/2012

Con riferimento agli effetti della prima di queste due sentenze sul giudizio di legittimità, la Corte di cassazione si è pronunciata in termini affermativi¹³, ritenendo ammissibile il motivo formulato come “nuovo” con una semplice memoria difensiva, purché con i motivi principali la Corte fosse stata investita del controllo della motivazione della sentenza di merito in ordine al punto su cui era intervenuta la declaratoria di incostituzionalità: ciò in quanto il giudice di legittimità non può non tenere conto della inapplicabilità della normativa dichiarata illegittima.

Di conseguenza, in presenza di motivi originari che riguardino anche la maggiore o minore gravità del reato, sia pure sotto il profilo della sussistenza di circostanze attenuanti diverse da quella della particolare tenuità, la deduzione implicita dell'astratta possibilità che il fatto possa essere considerato “lieve” ha indotto la Corte di cassazione ad annullare con rinvio la sentenza di merito.

Non sorprende la decisione. Difatti, come già affermato dalla Corte con riferimen-

12. In *Dir. pen. cont.*, con nota di LONATI, *La Corte costituzionale individua lo strumento per dare attuazione alle sentenze della Corte europea: un nuovo caso di revisione per vizi processuali*, 19 maggio 2011.

13. Cass., sez. VI, 19 luglio 2012 n. 37102, in *C.e.d. Cass.*, n. 253471.

to ad innovazioni legislative intervenute dopo la proposizione del ricorso¹⁴, “il rigore dell’effetto devolutivo delle impugnazioni e delle preclusioni processuali che ne derivano è temperato dalla disposizione risultante dal coordinamento dell’art. 606, comma 3, con l’art. 609, comma 2, ultima parte c.p.p., richiamato espressamente dal primo, in forza della quale, in deroga al divieto del *novum*, deve ritenersi consentita la deducibilità di ulteriori censure resa possibile da innovazioni legislative intervenute dopo la proposizione del ricorso”. A maggior ragione il principio deve valere se l’*ius superveniens* è costituito da una decisione di incostituzionalità.

A *fortiori* in un altro caso, nel quale era stata reiterata nei motivi di ricorso la questione di legittimità costituzionale dell’art. 630 c.p. a fronte di rigetto del giudice di appello, la prima sezione penale della Corte ha annullato con rinvio per nuova valutazione circa la sussistenza del fatto di particolare tenuità, tenuto conto della frattanto sopravvenuta sentenza di accoglimento della Consulta¹⁵.

Tuttavia la stessa sezione, in un caso analogo, ha rigettato il ricorso, ritenendo irrilevante la sentenza costituzionale, dato che alla considerazione del fatto in termini di lieve entità sarebbe stata di ostacolo, nella specie, “la valutazione, già obiettivamente svolta dalla Corte di merito, della particolare gravità del fatto, come compiutamente descritto alla luce delle emergenze processuali, dinanzi alla quale non regge (*recte*: reggono) il ridimensionamento da parte del ricorrente delle modalità del sequestro e delle limitazioni in danno della persona offesa, che attengono ancora una volta a profili esclusivamente di merito, né il riferimento alle considerazioni che hanno giustificato l’applicazione della pena base nel minimo edittale”¹⁶.

Ma la domanda più complessa riguarda la fase esecutiva: i condannati per sequestro di persona a scopo di estorsione potrebbero invocare, mediante incidente, l’applicazione della diminuzione di cui all’art. 311 c.p. con conseguente riduzione di pena?

Ecco la risposta che ha dato la Corte di cassazione¹⁷ in un caso nel quale il condannato aveva chiesto al giudice dell’esecuzione la rideterminazione della pena alla luce della citata sentenza della Consulta. Dopo aver ricordato che osta all’accoglimento della richiesta la circostanza che l’attenuante *ex art. 311 c.p.* ha natura oggettiva e non implica una riduzione fissa, il che richiederebbe una valutazione sotto duplice profilo discrezionale, la Corte ha affermato che “la rigidità del giudicato impedisce di rimettere in discussione l’attualità cristallizzata dal titolo in esecuzione, non consentendo un’incurSIONE nel merito di causa che non sia *tout court* apprezzabile dalla lettura della decisione e non richieda, a cascata, ulteriori apprezzamenti discrezionali”. E ancora: “se il giudice dell’esecuzione ha dunque, in astratto, il potere di adeguare la pena alla legittimità del sistema normativo vigente, in quanto, in forza degli artt. 136 Cost. e 30, commi terzo e quarto, legge n. 87 del 1953 le norme dichiarate incostituzionali non possono trovare applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione (Cass., sez. I, 27 ottobre 2011 n. 977), nella fattispecie, tuttavia, il giudice dell’esecuzione non potrebbe esimersi dall’effettuare una nuova e inammissibile valutazione di merito, non potendo essere sufficiente una mera attività ricognitiva circa la già avvenuta ravvisabilità della fattispecie (anche circostanziale) e una semplice attività di emersione di efficacia”.

Con riferimento a tale problema, in altra occasione¹⁸ avevamo osservato che “è difficile pensare che il giudice dell’esecuzione abbia modo di intervenire; caduta la mannaia del giudicato sulla vicenda processuale, quest’ultima non può essere ridiscussa. Ma se effettivamente il fatto potesse essere qualificato – per quanto risulta dalla decisione

14. Sez. un., 25 febbraio 1998 n. 4265, in *Giur. it.*, 1999, II, c. 1029, con nota di LAVARINI; ma già in tal senso sez. I, 29 settembre 1997 n. 9003, in *Guida dir.*, 1997, fasc. 44, p. 79, con nota di BRICCHETTI.

15. Cass., sez. I, 9 maggio 2012 n. 37433, inedita.

16. Cass., sez. I, 11 aprile 2012 n. 47255, inedita.

17. Cass., sez. I, 23 aprile 2013 n. 28468, inedita.

18. ROMEO, *Pena imputabile ad aggravante incostituzionale e sorte del giudicato di condanna*, in *La Rivista nel diritto*, 2013, p. 132.

irrevocabile – come lieve o tale addirittura fosse stato già qualificato dal giudice della cognizione, senza poter produrre, all'epoca del giudizio, effetti mitigatori della sanzione, la risposta è sicuramente negativa? Qualche dubbio forse si potrebbe avanzare.”

Oggi possiamo affermare che la più alta istanza di giurisdizione si attesta sullo stesso ordine di considerazioni, in quanto, pur negando la possibilità di interventi *in executivis* con riferimento al caso di specie, non pare chiudere definitivamente la porta all'eventualità che sia comunque “possibile”, nei congrui casi, un intervento sul giudicato. Difatti, sia pure *a contrario*, pare ammessa una sua frattura, allorché sia apprezzabile direttamente dalla lettura della decisione, senza che siano richiesti ulteriori apprezzamenti discrezionali, la già ritenuta sussistenza, da parte del giudice della cognizione, di elementi tali da configurare l'attenuante di cui all'art. 311 c.p.

È troppo presto, naturalmente, per trarre conclusioni certe; ma è significativo sottolineare che il *trend* inaugurato da sez. I, 27 ottobre 2011 n. 977/2012, *cit.*, si consolida oltre la vicenda che vi aveva dato causa.

4.4

(SEGUE) LA SENTENZA N. 251/2012

A maglie più larghe, invece, risulta la giurisprudenza di legittimità in tema di ricadute della sentenza n. 251 del 2012, pubblicata nelle more del giudizio di legittimità e relativa alla dichiarazione di incostituzionalità del divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73, quinto comma, del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309 sulla recidiva di cui all'art. 99, quarto comma, del codice penale.

Statisticamente il caso – che di sicuro ha maggiore frequenza di quello connesso a fatti di sequestro di persona a scopo di estorsione, pur presentando problemi dogmatici non dissimili – ha dato luogo a numerose pronunce con soluzioni tutte nel segno del più largo *favor rei*.

A una prima decisione, resa proprio all'indomani della pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale* della sentenza citata, che si era mossa sulla linea prudente per cui non è consentito invocare il *dictum* della Consulta quando manchi una censura *ad hoc* nei motivi di ricorso¹⁹, ha fatto seguito una serie innumerevole di decisioni, tutte inedite, che hanno dato ingresso al rilievo della dichiarata illegittimità costituzionale nei casi più disparati, annullando con rinvio la decisione impugnata²⁰.

Scarne le motivazioni. Solo la sentenza n. 28615 del 2013 esibisce un apparato motivazionale completo e puntuale, ritenendo che “la sopravvenienza, in forza della pronuncia della Corte costituzionale, di una norma penale più favorevole, in pendenza di un ricorso che, censurando l'eccessiva severità della pena determinata dalla presenza della recidiva reiterata che – in base alla disposizione dichiarata illegittima – paralizzava il pieno dispiegamento degli effetti favorevoli della riconosciuta attenuante, configura una questione *che non sarebbe stato possibile dedurre in grado d'appello* e che, pur se non dedotta, va ammessa nel giudizio di cassazione ai sensi dell'art. 609, comma 2, c.p.p. Trattandosi di questione che comporta valutazioni di merito, essa va devoluta al giudice di rinvio che dovrà valutare, nell'esercizio del potere discrezionale di determinazione della pena al fine di adeguarla alle peculiarità del caso concreto, se il giudizio di equivalenza tra attenuante e aggravante debba essere confermato ovvero – alla luce dell'eliminazione del divieto rimosso dalla Corte costituzionale – se vada riformato *in melius* con la prevalenza dell'attenuante sull'aggravante”.

19. Cass., sez. VI, 27 novembre 2012 n. 48788, inedita.

20. Cass., sez. III, 20 dicembre 2012 n. 17718/2013; sez. III, 31 gennaio 2013 n. 11533; sez. VI, 23 aprile 2013 n. 21094, in casi di ricorso del P.G. avverso decisione che erroneamente aveva ritenuto *illo tempore* la prevalenza delle generiche sulla recidiva qualificata; sez. III, 12 dicembre 2012 n. 3073/2013; sez. III, 27 novembre 2012 n. 11512/2013; sez. III, 10 gennaio 2013 n. 9195; sez. III, 10 gennaio 2013 n. 10084; sez. III, 21 marzo 2013 n. 15637; sez. III, 4 aprile 2013 n. 19710; sez. IV, 14 maggio 2013 n. 25994, riguardanti casi in cui con il ricorso si era dedotta l'illegittimità della decisione impugnata per il mancato giudizio di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva; sez. III, 7 marzo 2013 n. 16478; sez. III, 4 aprile 2013 n. 28121; sez. VI, 8 maggio 2013 n. 22469; sez. VI, 19 giugno 2013 n. 28615, in cui erano stati proposti motivi aggiunti; sez. III, 10 gennaio 2013 n. 10089 e sez. III, 25 giugno 2013 n. 29753, in casi nei quali i ricorsi si erano limitati a contestare la mancata esclusione della recidiva dal calcolo della pena.

Anche qui, peraltro, il problema più complesso riguarda le sentenze passate in giudicato.

Va da sé che la premessa “storica” perché possa nascere un “problema” è che, nel corso del giudizio di cognizione, l’attenuante prevista dall’art. 73, comma 5, d.p.r. 9 ottobre 1990 n. 309 (fatto di lieve entità) per il reato di cessione di stupefacenti sia stata riconosciuta e dichiarata *ex lege* equivalente alla recidiva reiterata.

Essendo tale situazione diversa da quella dell’aggravante di clandestinità, parrebbe precluso un intervento sul giudicato del giudice dell’esecuzione: ritenere, infatti, che quest’ultimo possa *sic et simpliciter* qualificare prevalente l’attenuante del fatto di lieve entità sulla recidiva reiterata significherebbe modificare sostanzialmente il giudizio reso in sede di cognizione sul fatto-reato. E questo non è consentito al giudice dell’esecuzione, a meno di una inammissibile metamorfosi del suo ruolo che finirebbe per identificarsi in quello di un giudice di quarta istanza. Nulla, infatti, garantisce che, pur se il divieto di prevalenza non fosse esistito nel momento del giudizio, il giudice della cognizione non avrebbe concluso egualmente per una valutazione di equivalenza dell’attenuante con la recidiva reiterata²¹.

In senso contrario si può osservare che anche nel caso dell’aggravante *ex art. 61.1 n. 11-bis c.p.* ci sono ipotesi in cui, per forza di cose, il giudice dell’esecuzione, secondo il *dictum* del giudice di legittimità, deve eseguire operazioni che possono rivelarsi un “arbitrio”, perché diverse da quelle che il giudice della cognizione avrebbe compiuto in ordine al “peso” sanzionatorio da attribuire all’aggravante²². E, se si ritiene che queste operazioni non si configurino come una modificazione del fatto-reato compiuta in sede di cognizione, non si vede perché debbano esserlo quelle, sostanzialmente non dissimili, che – caduto il divieto di prevalenza – si potrebbero compiere in relazione alle sentenze di condanna deliberate in esito a un obbligatorio giudizio di equivalenza. Quanto meno nel caso in cui dalla motivazione della sentenza irrevocabile emerga in modo chiaro che il giudice avrebbe ritenuto prevalente l’attenuante sulla recidiva, se solo non ci fosse stato un divieto di legge. E sarebbe difficile sostenere che in un’ipotesi del genere il giudice dell’esecuzione si arbitri di sovrapporre una “sua” valutazione a quella del giudice della cognizione, ove sostituisca a un giudizio di equivalenza uno di prevalenza. Solo un ragionare formalistico potrebbe condurre ad escludere una simile conclusione.

Ma guardiamo al caso più frequente nella pratica, e cioè a quello in cui non sia possibile desumere dalla sentenza di condanna elementi inequivocabili circa un eventuale giudizio di prevalenza dell’attenuante sulla recidiva reiterata, ma appaia comunque del tutto irrazionale, anche alla luce di altri dati della motivazione in ordine al giudizio sul fatto, il trattamento sanzionatorio “coatto”, eccessivo rispetto alla “tavola” dei valori costituzionali relativi alla “proporzionalità” della pena inflitta.

Allora forse occorre rileggere quel che hanno scritto i giudici in proposito per trarre dalla motivazione della sentenza costituzionale qualche elemento utile a risolvere il problema:

“L’incidenza della regola preclusiva sancita dall’art. 69, quarto comma, c.p. sulla diversità delle cornici edittali prefigurate dal primo e dal quinto comma dell’art. 73 del d.p.r. n. 309 del 1990, che viene annullata, attribuisce alla risposta punitiva i connotati di «una pena palesemente sproporzionata» e, dunque, «inevitabilmente avvertita come ingiusta dal condannato» (sentenza n. 68 del 2012)”: conclusione, questa, che non può essere obliterata dal rilievo secondo cui la previsione di trattamenti sanzionatori più severi per i recidivi reiterati non potrebbe mai condurre a un trattamento sanzionatorio di per sé sproporzionato, come aveva detto, in sede di giudizio di costituzionalità, l’Avvocatura dello Stato. Difatti, “la legittimità, in via generale, di trattamenti differenziati per il recidivo, ossia per «un soggetto che delinque volontariamente pur dopo aver

21. In termini Cass., sez. IV, 12 febbraio 2013 n. 16990, inedita.

22. Ad esempio quando occorre quantificare il “peso” dell’aggravante genericamente comparata.

subito un processo ed una condanna per un delitto doloso, manifestando l'insufficienza, in chiave dissuasiva, dell'esperienza diretta e concreta del sistema sanzionatorio penale» (sentenza n. 249 del 2010), non sottrae allo scrutinio di legittimità costituzionale le singole previsioni, e questo scrutinio nel caso in esame rivela il carattere palesemente sproporzionato del trattamento sanzionatorio determinato dall'innesto della deroga al giudizio di bilanciamento sull'assetto delineato dall'art. 73 del d.p.r. n. 309 del 1990".

Si può ritenere che questo criterio, di ordine sostanziale, possa sfuggire al giudice, nel momento in cui deve essere eseguita la sentenza? Se, ragionando sulle regole in vigore, si dovesse dare una risposta negativa a questa domanda, forse residuerebbe lo spazio per una questione di legittimità costituzionale *ad hoc*²³. Perché, come ha rimarcato anche la sentenza 210/2013 della Consulta, se è vero che il sistema penale ha bisogno di "stabilità", è anche vero che questa non può realizzarsi – se non sacrificando altre, e forse più pregnanti, esigenze di uno Stato democratico – per la sola circostanza che quella stabilità è l'effetto, nel caso concreto, di una legislazione ciecamente irrazionale e incurante dei valori costituzionali che presiedono alla "ragionevole" punizione dei fatti costituenti reato.

4.5

(SEGUE) LA DECISIONE N. 183/2011

Non può mancare, in questa ricognizione degli impatti giurisprudenziali dei più recenti interventi *in mitius* della Corte costituzionale, un brevissimo accenno agli effetti conseguenti alla sentenza 10 giugno 2011 n. 183²⁴.

Come si ricorderà, con questa sentenza è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 62-bis, comma secondo, c.p., come sostituito dall'art. 1, comma 1, della legge 5 dicembre 2005 n. 251, nella parte in cui stabilisce che, ai fini dell'applicazione del primo comma dello stesso articolo, non si possa tenere conto della condotta del reo susseguente a uno dei reati previsti dall'art. 407, comma 2, c.p.p., tenuta dai recidivi reiterati.

Qui la giurisprudenza è parsa molto più restrittiva e, per quel che risulta da un esame a tappeto delle decisioni rese, in nessun caso ha annullato la sentenza di merito a fronte di censure intese ad ottenere la concessione delle attenuanti generiche sulla base del diritto più favorevole conseguente alla sentenza della Consulta. Motivo: il diniego delle generiche può legittimamente fondarsi sull'apprezzamento anche di un solo dato negativo, oggettivo o soggettivo, senza la necessità che il giudice prenda in considerazione tutti gli elementi favorevoli o sfavorevoli dedotti dalle parti o rilevabili dagli atti.

Una sorta di prova di resistenza, dinanzi alla spiegazione, in sentenza, di altre e sufficienti ragioni ostative alla concessione delle attenuanti, che rendeva superfluo un rinnovato giudizio²⁵.

Date queste premesse, non sorprende l'assenza di decisioni di legittimità relative alla fase esecutiva; ma resta da domandarsi se le conclusioni sarebbero state le stesse, qualora dalla sentenza impugnata fosse risultato che il diniego delle generiche era giustificato solo dal divieto di legge: motivo, quest'ultimo, rilevante anche con riferimento al giudizio di legittimità. Difatti, in presenza di elementi implicitamente positivi, idonei a far ritenere la necessità di un rinnovato giudizio di bilanciamento delle circostanze che potesse sfociare nella prevalenza delle attenuanti, il *favor rei* avrebbe imposto l'annullamento con rinvio.

23. Da notare che, come testualmente osservato dalla Corte costituzionale, "nel caso di recidiva reiterata equivalente all'attenuante, il massimo edittale previsto dal quinto comma per il fatto di lieve entità (sei anni di reclusione) diventa il minimo della pena da irrogare; ciò significa che il minimo della pena detentiva previsto per il fatto di lieve entità (un anno di reclusione) viene moltiplicato per sei nei confronti del recidivo reiterato, che subisce così di fatto un aumento incomparabilmente superiore a quello specificamente previsto dall'art. 99, quarto comma, c.p. per la recidiva reiterata, che, a seconda dei casi, è della metà o di due terzi".

24. In *Dir. pen. cont.*, con commento di LEO, *Sul riconoscimento di attenuanti generiche al recidivo reiterato*, 13 giugno 2011.

25. In tal senso Cass., sez. I, 30 novembre 2011 n. 3335/2012; sez. III, 6 marzo 2012 n. 19644; sez. III, 24 aprile 2012 n. 26588; sez. III, 26 aprile 2012 n. 18166; sez. VI, 13 giugno 2012 n. 34276; sez. fer., 30 agosto 2012 n. 43757, tutte inedite.

5 CONCLUSIONI

Se l'odierno quadro del "sistema" penale è quello emergente dai cenni sin qui esposti su alcuni tra i più significativi nodi del suo assetto e, come si è visto, segnala la persistenza di una deplorabile inerzia del legislatore che non pare allo stato reversibile, non è difficile immaginare che, nel prossimo (e forse non solo prossimo) futuro, sarà la Corte costituzionale il baricentro intorno al quale ruoterà ogni sua possibile "riforma" (in ogni caso sempre del tutto inadeguata in mancanza di interventi del legislatore).

Basti solo pensare ai "costi" dipendenti dalla mancanza di quei pur modesti ritocchi legislativi che avrebbero consentito al nostro Paese di dare esecuzione alle sentenze della Corte EDU senza dovere, di volta in volta, sottoporre a torsioni estreme istituti di rilievo centrale nel sistema penale, per rendersi conto di quanto sia grave l'assenza di interesse, prima che di interventi, della legge.

Se questa tendenza al disinteresse dovesse mantenersi inalterata in futuro, continuerebbe l'opera di supplenza della giurisdizione, alla quale si è fatto perspicuamente cenno in uno degli scritti citati nel corso dell'esposizione²⁶; e continuerebbe attraverso l'ampliarsi degli interventi della Consulta in *bonam partem*: una sorta di *transfert* al giudice delle leggi di quella delega di fatto, a suo tempo accordata dalla politica alla giurisdizione, del compito di governare l'evoluzione del sistema penale e che, a quanto pare, la politica stessa – una volta tentata la riappropriazione di spazi autonomi di controllo delle scelte di contrasto ai fenomeni criminali – non è riuscita ad assumere con quel minimo di competenza e intelligenza che le si richiedeva.

I suoi interventi, infatti, ispirati a soluzioni giuridicamente deboli e, come è stato efficacemente scritto, a una "mera e caotica riduzione degli spazi di discrezionalità giurisdizionale, in una logica pressoché completamente «reattiva»"²⁷, sono avvenuti quasi sempre nel disprezzo dei valori disegnati dalla Carta fondamentale e dai trattati UE, al cui rispetto il nostro ordinamento è vincolato, o comunque in conflitto con essi.

Non è chi non veda come, nel contesto sopra delineato, l'attore fondamentale della scena continuerà ad essere la giurisdizione: quella ordinaria, nel sollecitare interventi del giudice delle leggi e nel gestire gli effetti delle pronunce di quest'ultimo, e quella costituzionale, attraverso sentenze di illegittimità costituzionale o altrimenti incidenti sul complessivo tessuto del diritto penale.

26. LEO, *Sul riconoscimento*, cit.

27. LEO, *Sul riconoscimento*, cit.

Sicurezza alimentare e diritto penale: vecchi e nuovi paradigmi tra prevenzione e precauzione

SOMMARIO

1. PREMessa. “MODERNITÀ”, “GESTIONE DEI RISCHI”, DIRITTO PENALE: IL CASO DELLA SICUREZZA ALIMENTARE. – 2. COMPLESSITÀ E STRATIFICAZIONE DEL DIRITTO ALIMENTARE. – 3. LA DISCIPLINA SANZIONATORIA IN MATERIA ALIMENTARE PRIMA E DOPO LA DEPENALIZZAZIONE DEL 1999. – 4. STADI DI TUTELA PENALE DELLA SICUREZZA ALIMENTARE. *PREVENZIONE E PRECAUZIONE*. – 4.1. L’ATTEGGIARSI DEL PARADIGMA PREVENTIVO NELLE CONTRAVVENZIONI DI CUI AGLI ARTT. 5 E 6 DELLA LEGGE N. 283 DEL 1962. – 4.2. IL PARADIGMA PRECAUZIONALE NELLE CONTRAVVENZIONI DI CUI AGLI ARTT. 5 E 6 DELLA LEGGE N. 283 DEL 1962: PRINCIPIO DELLA «LISTA POSITIVA» E SUPERAMENTO DI LIMITI-SOGLIA. – 4.3. IL CASO DEGLI ORGANISMI GENETICAMENTE MODIFICATI (OGM). – 5. RIFLESSIONI CONCLUSIVE: ALCUNE CONSIDERAZIONI IN PROSPETTIVA *DE JURE CONDENDO*.

1

**PREMESSA. “MODERNITÀ”,
“GESTIONE DEI RISCHI”,
DIRITTO PENALE: IL CASO DELLA
SICUREZZA ALIMENTARE**

Nella moderna società (*iper-cumulativa*) del progresso tecnologico si assiste, ormai da tempo, ad un continuo e pervicace incremento di *momenti di imputazione e di densità del controllo dei comportamenti rischiosi*. Tale fenomeno si registra, essenzialmente, nei settori “avamposto” della tutela della vita, dell’incolumità, della salute, dell’ambiente, sia nella prospettiva “sincronica” individuale e collettiva, sia nella dimensione “diacronica”, di lungo periodo rivolta al benessere delle generazioni future. Il dibattito sui rischi globali (ecologico, finanziario, terroristico, etc.) sembra abbia innestato, a livello generale, una nuova mutazione culturale: cambia, infatti, il modo di intendere il rapporto tra natura e società, ma anche di intendere la libertà ed il suo rapporto con la sicurezza, la stessa democrazia e finanche l’individuo¹.

La tendenza generale delle attuali politiche neo-liberali – in risposta alla crisi dei paradigmi politici, giuridici, economici di governo dei rischi tipici della società moderna – è quella di “responsabilizzare” gli individui rispetto alle loro istanze di sicurezza, rafforzando contestualmente i meccanismi preventivi di natura eccezionale indirizzati sui soggetti “portatori” di minacce o di rischi per la collettività². In tal senso, il rischio, ormai globale, poiché senza confini, e *sistemico*, poiché strutturale, diviene, in modo più pregnante rispetto al passato, un incisivo parametro di organizzazione e governo della società³.

1. BECK, *Conditio humana. Il rischio nell’età globale*, trad. it., Roma-Bari, 2011, *passim* e 29.

2. CAMPESI, *Rischio e sicurezza nella società globale. A proposito del nuovo libro di Ulrich Beck*, in *Studi sulla questione criminale*, 2009, 117.

Per una lettura, ispirata al pensiero di Foucault, sui rapporti tra rischio e *Government* nelle società neo-liberali, cfr. M. DEAN, *Governmentality. Power and Rule in Modern Society*, London, 1999, *passim* e 131 ss., 176 ss.; O’MALLEY, *Risk, Uncertainty and Government*, London-Sydney-Portland, 2004, *passim*; sulla “privatizzazione” ed “individualizzazione” dell’imperativo alla prevenzione, v. PITCH, *La società della prevenzione*, Roma, 2006, *passim*.

Sulla tendenza della società neoliberale a spostare progressivamente la responsabilità della protezione dai rischi dalle autorità pubbliche agli individui, v. anche LUPTON, *Il rischio. Percezione, simboli, culture*, trad. it., Bologna, 2003, 108.

3. Se è vero che il problema dell’incertezza del futuro esiste da sempre, e che da sempre esiste incertezza sui danni futuri, è altrettanto vero che è possibile rilevare un dato nuovo rispetto al passato. Infatti, nelle attuali società tecnologiche, la fonte del pericolo o meglio l’eventuale danno, anziché da fattori esterni o ambientali, deriva sempre più spesso da una *decisione* dell’uomo.

Secondo LUHMANN, *Sociologia del rischio*, trad. it., Milano, 1996, 31-32, può parlarsi di rischio quando «l’eventuale danno viene visto come conseguenza

L'orientamento al rischio è entrato anche nel diritto penale, tanto da parlarsi, ormai da anni, di «diritto penale del rischio»⁴, individuandosi, generalmente, con tale espressione, un diritto penale dal carattere *interventista*, con funzioni anche di assicurazione dei consociati dinanzi ai *nuovi rischi* e financo pedagogiche, ed «espansivo»⁵. Esso accoglie, da un lato, «*nuovi candidati nella cerchia dei beni giuridici*» (ad es., ambiente, salute pubblica, mercato finanziario) e determina, da un altro lato, un'anticipazione dell'intervento penale e una «*riduzione dei requisiti di responsabilità*»⁶. Ne consegue una *flessione* delle categorie penalistiche «classiche», nel contesto più generale di una *crisi* dei tradizionali modelli di responsabilità e del tradizionale rapporto «libertà-sicurezza» dello Stato di diritto liberale⁷.

La crescita della «domanda» di sicurezza, che si traduce in un incremento della ricerca di adeguati meccanismi preventivi e precauzionali, spesso di natura anche penale, non è solo conseguenza di un aumento obiettivo dei rischi, ma anche di un aumento della *percezione del rischio*, fenomeno, quest'ultimo, in stretta relazione con l'effetto *cumulativo* dei mezzi di comunicazione ed in particolare con lo sfondo, a volte ingiustificatamente allarmista, per finalità sensazionalistiche, della gestione delle notizie da parte dei media⁸.

In un tale contesto, le nuove istanze securitarie della «società del rischio»⁹ e

della decisione, cioè viene attribuito ad essa»; può parlarsi di pericolo quando «l'eventuale danno sia dovuto a fattori esterni e viene quindi attribuito all'ambiente».

In realtà, la differenziazione fra pericolo e rischio è più complessa e, per la sua importanza nel presente lavoro, vi torneremo *infra* nota 41. Fin d'ora, comunque, cfr. in dottrina, fra gli altri, MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988, 17 ss., 21 ss.; DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 108, che riprende la distinzione luhmanniana fra rischio e pericolo; ID., *Sicurezza e diritto penale. La sicurezza come orizzonte totalizzante del discorso penale*, in DONINI-PAVARINI, a cura di, *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, 2011, 23; PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano, 2004, 438 ss.; PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010, 371 ss., con ampi richiami; DE FRANCESCO, *Dinamiche del rischio e modelli d'incriminazione nel campo della circolazione di prodotti alimentari*, in Riv. dir. agr., 2010, 11 ss.; D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Milano, 2012, 45 ss.; GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, tomo II, *Reati di comune pericolo mediante frode*, in GROSSO-PADOVANI-PAGLIARO, dir., *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, IX, Milano, 2013, 134 ss.; da ultimo DONINI, *Reati di pericolo e salute pubblica. Gli illeciti di prevenzione alimentare al crocevia della riforma penale*, in fase di pubblicazione, 16 ss. del dattiloscritto (§ 8).

Nell'ambito della legislazione nazionale, una distinzione fra pericolo e rischio è fissata dall'art. 2 lett. r) ed s) del d.lgs. n. 81 del 2008, in tema di sicurezza del lavoro.

Nell'ambito giurisprudenziale, v. da ultimo G.u.p. Trib. L'Aquila, sent. 22.10.2012, n. 380, in Cass. pen., 2013, 1804 ss., 1806 s., con commento di PAGLIARO, *Bozza di osservazioni sulla sentenza "Grandi Rischi"*, ivi, 1818 ss.

4. Ci limitiamo ad indicare PRITZWITZ, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt a. M., 1993, *passim*; ID., *Società del rischio e diritto penale*, in STORTONI-FOFFANI, a cura di, *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della Scuola di Francoforte*, Milano, 2004, 373 ss., con ulteriori richiami; HERZOG, *Società del rischio, diritto penale del rischio, regolazione del rischio. Prospettive al di là del diritto penale*, ivi, 357 ss.; STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, 3ª ed., Milano, 2003, 515 ss., 555 ss., 578 ss.; PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, cit., 1 ss., 480 ss., 496 ss.; C. PERINI, *La legislazione penale tra "diritto penale dell'evento" e "diritto penale del rischio"*, in Leg. pen., 2012, 117 ss., 121 ss.

In generale, sul concetto di rischio nel diritto penale, v. C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, cit., *passim*, in part. con riferimento all'accezione «esosistemica» del termine, in cui il rischio è considerato come «fattore pre- ed extra-normativo di cambiamento del sistema penale», v. 168 ss.; MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, cit., 8 ss., 17 ss., 30 ss., che evidenzia, tra l'altro, gli «ostacoli ad un concetto indifferenziato di rischio penale»; da ultimo, DONINI, *Reati di pericolo e salute pubblica. Gli illeciti di prevenzione alimentare al crocevia della riforma penale*, cit., 19 s. del dattiloscritto (§ 8), che distingue fra nozione *sistemica*, nozione *dogmatica* e nozione *politico-legislativa* di rischio.

5. Per un'attenta analisi delle ragioni dell'espansione del diritto penale, nonché degli effetti a livello di sistema, v. per tutti SILVA SÁNCHEZ, *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società post-industriali*, ed. it. a cura di MILITELLO, Milano, 2004, *passim*.

6. PRITZWITZ, *Società del rischio e diritto penale*, cit., 375-378.

7. V. per tutti STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., *passim* e 224 ss., 515 ss., 555 ss.

Sui controversi rapporti tra libertà e sicurezza, v. fra gli altri DONINI, *Sicurezza e diritto penale. La sicurezza come orizzonte totalizzante del discorso penale*, cit., 11 ss.; HASSEMER, *Libertà e sicurezza alla luce della politica criminale*, in DONINI-PAVARINI, a cura di, *Sicurezza e diritto penale*, cit., 59 ss.; PRITZWITZ, *La concorrenza diseguale tra sicurezza e libertà*, ivi, 105 ss.; PULITANO, *Sicurezza e diritto penale*, ivi, 119 ss.

8. Nell'ambito del diritto penale, cfr. ad. es. SUÁREZ GONZÁLES, *Diritto penale e rischi tecnologici*, in STORTONI-FOFFANI, a cura di, *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo*, cit., 413 ss., 420; sulla percezione sociale del crimine e sugli effetti dei media sulla giustizia penale, v. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed 'effetti penali' dei media)*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2006, 467 ss.; sulla rappresentazione mediatica del fenomeno criminale, v. FORTI-BERTOLINO, a cura di, *La televisione del crimine*, Milano, 2005, in part., sull'aumento della percezione sociale del rischio quale effetto della gestione sensazionalistica delle notizie da parte dei media, v. il contributo di ALTHEIDE, *I mass media, il crimine e il 'discorso di paura'*, ivi, 287 ss.

9. Dal titolo di un noto saggio del 1986 di BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, trad. it., Roma, 2000, *passim*; dello stesso A., v. da ultimo *Conditio humana. Il rischio nell'età globale*, cit., *passim* e 17 ss., 299 ss., dove sviluppa sistematicamente il concetto di «società mondiale del rischio»,

dell'«incertezza»¹⁰, recepite anche dal diritto penale, tendono a contrapporsi, sempre più spesso, alle tradizionali garanzie dello Stato di diritto.

Ad un livello più profondo, non può peraltro non rilevarsi come i tradizionali assetti delle società liberali occidentali, e più in particolare dello Stato liberale di diritto, subiscano sottilmente un graduale processo di “flessibilizzazione”¹¹. A fronte di una continua ed insistente promessa-offerta di *libertà virtuale e globale* da parte delle nuove tecnologie di comunicazione, l'individuo, nelle attuali democrazie *iper-comunicative*, paradossalmente, rischia di non possedere più adeguati e reali margini di partecipazione alle dinamiche decisionali di rilevanza pubblica, a causa di uno spostamento dei reali ambiti decisionali verso forti centri di potere finanziario. A ben vedere, le logiche “autartiche” del mercato globale, con i suoi paradigmi finanziari-virtuali, stanno espugnando dalle “grandi decisioni” non solo le “sovranità” individuali, ma anche quelle nazionali e sovranazionali. È ormai in scena uno scontro tra la dimensione antropocentrica-individualista del classico pensiero liberale e la *dimensione tecnocratica* della nuova modernità¹².

Da qui deriva l'attuale crisi di legittimazione del potere pubblico, che inevitabilmente incide negativamente anche sui rapporti fra *analisi del rischio* e decisori pubblici¹³. Infatti, l'esigenza che la *definizione*, la *valutazione* e la *gestione* del rischio siano giustificabili *democraticamente* richiederebbe le «precondizioni “procedurali”» per decisioni quanto più possibilmente concertate¹⁴. Ciò significherebbe peraltro, da un lato, ridurre lo squilibrio che spesso caratterizza le variegata e policentriche forze che governano la gestione dei rischi, in cui si annidano ingenti interessi economici spesso gestiti da forti interessi organizzati, da un altro lato, garantire alle collettività, agli operatori economici e ai decisori pubblici un adeguato accesso alle informazioni (tecniche) sui rischi¹⁵. Il

a completamento e parziale ridefinizione di quello di «società del rischio».

10. BAUMAN, *La società dell'incertezza*, trad. it., Bologna, 1999.

11. In generale, sul processo di flessibilizzazione delle categorie penalistiche, v. G.A. DE FRANCESCO, *L'imputazione del reato e i tormenti del penalista*, in *Scritti per Federico Stella*, I, Napoli, 2007, 513 ss.; CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, 300 ss., 420 ss., 612 ss.; PIERGALLINI, *Danno da prodotto*, cit., 33 ss.; STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., 96 ss., 481 ss., in part. 515 ss., 555 ss., 593 ss.

12. In generale, sulle illusioni dell'attuale capitalismo sulle persone, v. MAGATTI, *Libertà immaginaria. Le illusioni del capitalismo tecno-nichilista sulle persone*, Milano, 2009, *passim*.

13. Ovviamente, la crisi di legittimazione del potere pubblico incide, di riflesso, sulla legittimazione dello stesso diritto penale. Si tratta di un fenomeno talmente complesso che non può essere trattato in questa sede. Nel testo ci limiteremo ad evidenziare come la flessione delle precondizioni di una democrazia adeguatamente partecipata renda ancora più problematici i rapporti fra gestione del rischio ed intervento del diritto penale.

Sulla definizione di *analisi del rischio* (valutazione, gestione e comunicazione del rischio), v. l'art. 3, n. 10 ss., del Reg. (CE) n. 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio (reg. che “stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nel campo della sicurezza alimentare”), in <http://eur-lex.europa.eu>, su cui si veda COSTATO-BORGHI-RIZZIO, *Compendio di diritto alimentare*, V ediz., Padova, 2011, 104 ss. V. pure l'art. 6, par. 1, del Reg. n. 178/2002, il quale stabilisce che la legislazione alimentare è basata sull'analisi del rischio.

14. Sull'esigenza che la definizione del rischio sia «giustificabile democraticamente», cfr. FORTI, “Accesso” alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione, in *Criminalia*, 2006, 204, che riprende alcune osservazioni di SHRADER-FRECHETTE, *Valutare il rischio. Strategie e metodi di un approccio razionale*, trad. it., Milano, 1993, 152; FORTI, *La “chiara luce della verità” e “l'ignoranza del pericolo”. Riflessioni penalistiche sul principio di precauzione*, in *Scritti per Federico Stella*, I, cit., 633 ss., in part. 639 ss.

V. pure STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., 389 ss., 579 ss., il quale evidenzia come la fase dell'identificazione del rischio, la fase della sua stima e quella della decisione siano stadi carichi di valori. Sul punto, v. anche la *Comunicazione della Commissione sul principio di precauzione*, Bruxelles, 2 febbraio 2000, in www.eur-lex.europa.eu, 2 (§ 5 del sommario): «Giudicare quale sia un livello di rischio “accettabile” per la società costituisce una responsabilità eminentemente politica [...]». La procedura di decisione dovrebbe essere trasparente e coinvolgere tutte le parti interessate, quanto più precocemente e quanto più ampiamente possibile». V. pure i §§ 5.2.1 e 6.2 del testo della *Comunicazione*, cit., rispettivamente 15 e 17. Cfr. pure il *Considerando* n. 19 del Reg. (CE) n. 178/2002, cit.: «È generalmente riconosciuto che, in alcuni casi, la sola valutazione scientifica del rischio non è in grado di fornire tutte le informazioni sui cui dovrebbe basarsi una decisione di gestione del rischio e che è legittimo prendere in considerazione altri fattori pertinenti, tra i quali aspetti di natura societale, economica, tradizionale, etica e ambientale nonché la realizzabilità dei controlli».

Sulle insuperabili incertezze della stima del rischio, v. da ultimo D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia*, cit., 63 ss. e *passim*, con ampi richiami.

15. Le applicazioni pratiche delle nuove conquiste della scienza sono fonte di enormi profitti per le imprese, soprattutto multinazionali, «il che sollecita un rapido passaggio dalla fase di ricerca a quella di commercializzazione»; emblematico, in tal senso, il caso degli alimenti e delle specie vegetali geneticamente modificati: CORBETTA, *Sicurezza alimentare e rischio da “ignoto biotecnologico”: una tutela incompiuta (a proposito della disciplina degli alimenti e dei mangimi contenenti organismi geneticamente modificati - d.lgs. 21 marzo 2005, n. 70)*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. III, Milano, 2006, 2262. Cfr. BECK, *Conditio humana*, cit., 62: «Non vale più la sequenza: prima il laboratorio poi l'applicazione. Al suo posto subentra la verifica dopo l'applicazione, la produzione prima della ricerca».

punto, come vedremo, è di centrale importanza considerato che la maggiore problematicità (a livello di offensività, colpevolezza, proporzionalità) degli interventi di contenimento del rischio propria delle logiche *precauzionali*, ma anche di quelle *preventive*, «impone al diritto di assicurare un surplus di partecipazione democratica alle scelte relative al rischio»¹⁶.

Tuttavia, non può non rilevarsi, a monte, una sorta di corto circuito nelle dinamiche di definizione degli standard di sicurezza. Infatti, la scienza, che dovrebbe rappresentare il referente principale nel processo deliberativo sulla gestione del rischio, sempre più spesso è incapace di garantire certezze spendibili in sede decisionale dalle collettività e dalle istituzioni pubbliche. Sempre più spesso si verificano incertezze e divaricazioni nelle valutazioni scientifiche, si pensi ad esempio, per quanto qui più ci interessa, alla attuale, accesa e a tutti nota controversia scientifica sugli organismi geneticamente modificati (OGM). Non a caso, con riferimento al settore alimentare, il Reg. (CE) n. 178/2002 ha istituito l'Autorità europea per la sicurezza alimentare (AESA), la quale ai sensi dell'art. 30 del citato Reg., fra i vari compiti, ha quello di vigilare «per garantire la tempestiva individuazione di una potenziale fonte di discordanza tra i propri pareri e quelli degli altri organi che svolgono compiti analoghi». Tali organi sono tenuti a collaborare con l'AESA, «allo scopo di rettificare la discordanza o di redigere un documento congiunto che chiarisca le questioni scientifiche oggetto di controversia e individui nei dati le fonti d'incertezza». Se non si raggiunge un accordo, la questione passa alla fine al Comitato permanente sulla filiera alimentare e la salute animale, sotto la procedura di comitologia con i suoi contorni spesso opachi sotto il profilo della democraticità del processo decisionale¹⁷.

Le difficoltà della scienza a fornire postulati scientifici con gradi di certezza accettabile sono maggiormente manifeste con riferimento a quei settori, come l'epidemiologia, la tossicologia, e in generale la scienza della valutazione del rischio, che lavorano con una pluralità di dati e livelli elevati di formalizzazioni statistiche¹⁸.

Da non sottovalutare, altresì, il problema dell'autonomia degli scienziati di professione chiamati a confrontarsi con situazioni d'incertezza, i quali sempre più spesso sono finanziati da organizzazioni, che – per usare un eufemismo – possiamo definire non indipendenti, si pensi alle multinazionali¹⁹.

A ben vedere, al di là dei fattori distorsivi finora richiamati, le visioni alternative fornite dalla scienza per spiegare gli oggetti di studio sono spesso un aspetto “fisiologico” della «crescita della conoscenza». Con tale affermazione, si vuole alludere ad una questione tutta *epistemologica* inerente ai *presupposti* della conoscenza e al “progresso” delle teorie scientifiche²⁰. È ormai noto, infatti, come diversi epistemologi e filosofi della

16. GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, 237, il quale, con riferimento al precauzionismo, sottolinea come il surplus di partecipazione democratica sia necessario per «evitare che il contenimento della scienza incerta e autarchica sia rimesso, paradossalmente, al solitario sapere tecnocratico di nuovi sacerdoti del tempo: siano essi burocrati comunitari, amministratori locali o, per quel che qui più interessa, giudici penali». V. pure PIERGALLINI, *Attività produttive, decisioni in stato di incertezza e diritto penale*, in DONINI-PAVARINI, a cura di, *Sicurezza e diritto penale*, cit., 362 s.

Sul punto, v. da ultimo CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Roma, 2012, 35, il quale giustamente ritiene che la legittimazione di un approccio precauzionale, dinanzi a rischi per la collettività solo possibili, è diventata, oggi più che mai, «un problema di procedure democratiche di analisi (ossia di valutazione, gestione e comunicazione) del rischio, nonché di completezza delle informazioni (provvisoriamente) disponibili nei confronti delle istituzioni e delle potenziali vittime e di consenso (informato) da parte di queste ultime a correre tutti o soltanto una quota dei rischi ipoteticamente collegati a un'attività, un prodotto, una sostanza, un procedimento, una installazione, etc.». Sul problema del *deficit* democratico nell'analisi del rischio, nonché sulle strutturali difficoltà “comunicative” fra scienza e procedure democratiche, torneremo di nuovo nel corso del testo.

17. V. sul punto ADORNATO, *La sicurezza alimentare tra primato della tecnica e crisi del diritto*, in *Riv. dir. agr.*, 2012, 408, nota 18, che richiama FINARDI-BAZZANA, *Valutazione del rischio alimentare, organismi scientifici indipendenti e battaglie commerciali*, in *Agriregioneeuropa*, 2010, 23, 4.

18. Cfr., nell'ambito penalistico, STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., 476 s., 579 ss.

19. V. sul punto, ad es., PIERGALLINI, *Attività produttive, decisioni in stato di incertezza e diritto penale*, cit., 329.

20. Per una chiara ricostruzione del dibattito sul mutamento/progresso delle categorie scientifiche, ossia sulla c.d. *crescita della conoscenza*, si veda GIORELLO, *Introduzione*, in AA.VV., *Critica e crescita della conoscenza*, ed. it. a cura di GIORELLO, Milano, 1976, pp. 7-57, il quale affronta la questione della contrapposizione tra razionalismo e irrazionalismo in riferimento alla storia e alla metodologia della ricerca scientifica, analizzando, tra l'altro, il pensiero

scienza abbiano rivalutato – seppur da prospettive diversificate e con approcci diversi – il senso stesso del metodo scientifico nell’ambito della costruzione delle teorie, contribuendo a sviluppare il dibattito sui condizionamenti teorici intrinseci nella scienza e sulle dinamiche inerenti al progresso delle teorie scientifiche²¹. Il sapere vive nella specificità della sua temporalità e del *milieu* culturale, tecnologico, socio-economico di riferimento. La scienza non è pratica metastorica: ciascuna teoria è il frutto di una elaborazione strutturata che include credenze, pratiche interne al gruppo scientifico, valori condivisi da una comunità di scienziati, elementi fiduciali²².

Per le ragioni finora esposte, si può affermare che lo sviluppo della scienza è un processo *disomogeneo* e in quanto tale difficilmente *comunicabile* tramite definite procedure democratiche. Anche in considerazione di tale fattore, emerge la difficoltà di garantire ai cittadini e alle istituzioni un adeguato accesso alle informazioni tecniche sui rischi e pertanto un’adeguata partecipazione alle decisioni sulla gestione dei rischi.

Bisogna, peraltro, precisare che la scienza non è l’unico parametro per la valutazione del rischio. Quest’ultima sembra dipendere in buona parte anche da aspetti pre-scientifici che hanno motivazioni di natura “politica”, che si inseriscono in un più ampio contesto dialettico fra socialdemocrazia e liberismo. Tale situazione dialettica sembra trovare conferma, a livello “costituzionale”, nel Trattato di Lisbona sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE), ed in particolare nei rapporti fra la clausola d’eccezione di cui all’art. 36, che contiene sostanzialmente una deroga al principio di libera circolazione delle merci – ed in particolare al divieto delle restrizioni quantitative tra gli Stati membri – giustificata, fra gli altri motivi, per ragioni di tutela della salute, e le regole presenti nell’art. 114 (parr. 4 e segg.), che prevedono, tra l’altro, una procedura di autorizzazione delle disposizioni nazionali che uno Stato membro intenda mantenere per uno dei motivi di cui all’art. 36 dopo l’adozione di una misura di armonizzazione. Proprio in base all’art. 114, può sostenersi che la valutazione del rischio dipende anche da dialettiche inerenti a considerazioni sociali, economiche e politiche. La stessa CGUE tende ad interpretare la clausola di cui all’art. 36 in senso restrittivo, privilegiando spesso logiche liberiste²³. Si può evidenziare così «una sorta di pluridisciplinarietà nella

di importanti filosofi della scienza quali ad es. K. Popper, T. Kuhn, I. Lakatos, P.K. Feyerabend.

Come noto, il dibattito sul metodo scientifico nella epistemologia contemporanea è stato innestato da POPPER. Di questo A. ci limitiamo ad indicare *Logica della scoperta scientifica*, trad. it., Torino, 1970, *passim* e 11; ID., *Conoscenza oggettiva*, trad. it., Roma, 1975, p. 181 ss., secondo cui il punto di partenza di ogni teoria scientifica è «*theory-impregnated*», è cioè intriso di tutta una serie di condizionamenti teorici. I dati selezionati e descritti dal ricercatore sono dallo stesso ricondotti ad unità ed inseriti in un ordine inventato dallo stesso ricercatore, all’interno del quale si individuano quelle connessioni nomiche che vengono chiamate “leggi” scientifiche.

Nell’ambito del diritto penale, cfr. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., in part. 431 ss.

21. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, trad. it., Torino, 1978, *passim*; ID., *Logica della scoperta o psicologia della ricerca?*, in AA.Vv., *Critica e crescita della conoscenza*, cit., 69-93; LAKATOS, *La falsificazione e la metodologia dei programmi di ricerca scientifica*, ivi, 164-276; ID., *La storia della scienza e le sue ricostruzioni razionali*, ivi, 366-408; LAUDAN, *Il progresso scientifico. Prospettive per una teoria*, trad. it., Roma, 1979, 93 ss. e 148 ss., si veda anche la chiara introduzione di RIVERSO, ivi, 7-17; NAGEL, *La struttura della scienza. Problemi di logica della spiegazione scientifica*, trad. it., 2ª ed., Milano, 1977, *passim*; FEYERABEND, *Contro il metodo. Abbozzo di una teoria anarchica della conoscenza*, trad. it., Milano, 1979, 27, il quale da una posizione più estrema sostiene che la conoscenza «non è una serie di teorie in sé coerenti che convergono verso una concezione ideale, non è un approccio graduale alla verità. È piuttosto un oceano, sempre crescente, di alternative reciprocamente incompatibili (e forse anche incommensurabili)»; ID., *Consolazioni per lo specialista*, in AA.Vv., *Critica e crescita della conoscenza*, cit., 277-312, l’A. è esponente del c.d. anarchismo scettico, secondo cui l’avanzamento della ricerca scientifica (le nuove scoperte) procedono senza seguire alcun metodo razionale. In tale prospettiva il progresso scientifico può avvenire solo tramite la stimolazione della libera creatività degli studiosi e delle loro spontanee “aspirazioni” teoretiche, al di là di ogni autorità e metodo. Cfr. pure LAKATOS-FEYERABEND, *Sull’orlo della scienza. Pro e contro il metodo*, trad. it., Milano, 1995, *passim*.

22. Oltre ai contributi indicati *supra* nota precedente, cfr., seppur da una diversa prospettiva, MORIN, *Scienza con coscienza*, trad. it., IV ediz., Milano, 1989, 38 ss., 52 ss.; ID., *La conoscenza della conoscenza*, trad. it., Milano, 1989, *passim* e 227-264; ID., *Il Metodo 1. La natura della natura*, trad. it., Milano, 2001, *passim* e 3-22.

Sull’interazione, nelle dinamiche della conoscenza, di taluni «elementi fiduciali» legati alla c.d. *precomprensione*, v. M. POLANYI, *La conoscenza inespressa*, trad. it., Roma, 1979, 40-42, 78, 103; sull’interazione, nelle dinamiche della conoscenza, della «*partecipazione personale*», v. ID., *La conoscenza personale. Verso una filosofia post-critica*, trad. it., Milano, 1990, *passim* e 69 s., 152 s., 135 ss., 429 ss.

Utili riflessioni sui *presupposti* della conoscenza anche in LIVI, *Filosofia del senso comune. Logica della scienza & della fede*, Milano, 1990, 89 ss., 111 ss., 212 s.

23. Per i dovuti riferimenti giurisprudenziali, nonché per alcune utili osservazioni sulla clausola d’eccezione di cui all’art. 36 TFUE, v. da ultimo VALENTINI, *Marktradikalismus addio? Diritto penale e (in)sicurezze dei consumatori di cibo dopo il Trattato di Lisbona*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2012, 351 ss. Si veda

definizione degli standard, per cui si avrà piuttosto che una mera disputa scientifica una controversia di conoscenze che mettono in campo la diversità del *know how* e/o dei metodi tradizionali, nonché i differenti approcci culturali...»²⁴. La stessa Autorità europea per la sicurezza alimentare, istituita con il Reg. (CE) n. 178 del 2002, a cui è attribuita la responsabilità della valutazione del rischio alimentare, si colloca «all'interno di un impianto di *governance* comunitaria in cui tecnica e politica, centralità e sussidiarietà, cooperazione e decisionismo, scienza e interessi si combinano in uno schema funzionale ed operativo particolarmente delicato non solo per i compiti a cui essa deve assolvere, ma anche per l'orizzonte istituzionale della stessa Unione europea»²⁵.

Si tratta di elementi cui il penalista non può rimanere insensibile, soprattutto nella valutazione di limiti e presupposti dell'intervento penale nella gestione dei rischi, in generale, e di quelli alimentari, in particolare.

Il diritto penale, dovendo affrontare i sempre più frenetici e delicati rapporti fra libertà e sicurezza, fra responsabilità e dignità umana, per garantire il «sistema della coesistenza»²⁶ anche nella *società del rischio*, è infatti fra le scienze più «sensibili» ai cambiamenti imposti dal progresso tecnologico. Basti riflettere su un dato. Le istanze securitarie derivanti dai *nuovi rischi* – oggettivamente tali, o come tali soggettivamente percepiti – hanno comportato, nell'ambito del diritto penale, sia un incremento di discipline *preventivo-cautelari*, teleologicamente orientate all'eliminazione o quantomeno alla riduzione di rischi nominalmente noti (si pensi al maggior ricorso ai reati di pericolo astratto), sia l'introduzione di discipline *cautelativo-precauzionali*, finalizzate alla gestione di rischi ignoti, ma consentiti solo a certe condizioni normative e procedurali (si pensi, ad esempio, alle fattispecie costruite sul superamento di limiti-soglia²⁷ o agli ulteriori modelli di illecito assimilabili a quelli di mera disobbedienza, come quelli costruiti sull'inosservanza di regolamenti e provvedimenti amministrativi o di procedure di autorizzazione, oppure sull'inosservanza di regole preventivo-cautelari o ancora sull'inosservanza di ordini o ingiunzioni e obblighi di fare, ad es. di comunicazione, di richiamo o di ritiro di prodotti)²⁸. Il settore della sicurezza alimentare bene rientra in tale paradigma penalistico. Infatti, come vedremo, in esso si intersecano multiformi discipline a struttura preventiva, declinate tramite il ricorso ai reati di pericolo astratto, sia discipline ispirate al «principio di precauzione»²⁹, si pensi alla disciplina degli OGM

pure, in termini più generali, MASINI, *Corso di diritto alimentare*, II ediz., Milano, 2011, 32-33.

24. ADORNATO, *La sicurezza alimentare tra primato della tecnica e crisi del diritto*, cit., 412.

Sui rapporti schizofrenici tra libera concorrenza e protezione dei consumatori di alimenti nel diritto positivo unionista, v. da ultimo VALENTINI, *Marktradikalismus addio? Diritto penale e (in)sicurezze dei consumatori di cibo dopo il Trattato di Lisbona*, cit., 342 ss., il quale condivisibilmente contrappone l'impianto del TFUE, in cui sembra prevalere la logica di tutela del mercato («obiettivo primario») su quella di tutela dei consumatori («obiettivo accessorio e ancillare»), all'impianto del diritto derivato (Reg. n. 178/2002; c.d. *Pacchetto igiene*: Reg. i n. 852, 853, 854 del 2004), che almeno a livello di principi sembra privilegiare logiche di tutela dei consumatori (*op. ult. cit.*, 345-349). Sulle «contro-regole» contenute nei Regolamenti sopra menzionati, che limitano in qualche modo l'operatività dei principi espressi dagli stessi, v. ID., *op. ult. cit.*, 348-349.

Utile sottolineare, inoltre, che la legislazione primaria UE non disciplina la materia alimentare, non contiene peraltro termini quali alimentazione, alimento, politica alimentare, ecc., possedendo una concezione degli alimenti come beni suscettibili di valutazione economica e quindi come meri oggetti di transazioni commerciali: v. sul punto COSTATO-BORGHI-RIZZIOLI, *Compendio di diritto alimentare*, cit., 8 s. È, comunque, doveroso sottolineare che seppur la libertà di concorrenza sia un principio costituzionale del sistema europeo, il Trattato non è espressione di una esclusiva, monodirezionale, logica liberista. Infatti, esso contempla alcune norme che, seppure non siano completamente leggibili in senso solidarista, se riferite al contesto operativo e sistemico (cfr. VALENTINI, *op. ult. cit.*, 344 s.), si pongono espressamente in un'ottica di tutela dei consumatori (v. ad es. artt. 169 e 12 TFUE).

25. COSTATO, *Sicurezza alimentare e Autorità indipendenti*, in *Agr. ist. mer.*, 2004, 234.

26. Sul significato dell'espressione utilizzata nel testo sia consentito rinviare a TUMMINELLO, *Il volto del reo. L'individualizzazione della pena fra legalità ed equità*, Milano, 2010, 1 ss., con richiami.

27. Sul diritto penale dei limiti-soglia, v. per tutti la recente ed interessante analisi di D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia*, cit., 255 ss., 265 ss., 315 ss., con ampi riferimenti bibliografici, che ben evidenzia come l'intera materia dei limiti-soglia sia strettamente legata al *principio di precauzione*. Il diritto penale dei limiti-soglia, in un'ottica di «minimizzazione del rischio», in assenza di dati scientifici certi, è sganciato dal sostrato empirico e viene a fondarsi «sulla previsione di valori-limite ipercautelativi» (ID., *op. ult. cit.*, 266 ss.). V. sul punto *infra* par. 4.2.

28. V., da ultimo, CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, cit., *passim* e 25 ss., 39 ss., 43 ss., 157 ss.; ID., *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza. La logica precauzionale come fattore espansivo del "penale" nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 21 luglio 2011, 3 ss.

29. Il principio di precauzione, in via generale, può essere definito come un «criterio di gestione del rischio in situazioni di incertezza scientifica circa possibili effetti dannosi ipoteticamente collegati a determinate attività, installazioni, impianti, prodotti, sostanze»: così CASTRONUOVO, *Principio di*

e alle discipline strutturate sul superamento di limiti-soglia o a quelle basate sul principio della «lista positiva», secondo il quale solo le sostanze autorizzate possono essere utilizzate e solo nei limiti consentiti³⁰.

Dopo queste considerazioni preliminari, è opportuno ricostruire, seppur sommariamente, la normativa alimentare in ambito penale.

Ma prima ci sembrano utili alcune brevi osservazioni sull'impianto generale del diritto alimentare, materia notoriamente assai complessa e di difficile dominabilità.

La complessità della materia deriva non soltanto dalla specificità delle questioni emergenti, ma soprattutto dalle difficoltà legate alla sua ricostruzione sistematica, dovute in particolare alla stratificazione di norme spesso assai diverse fra loro, per epoca di creazione, per rango, per tecnica normativa di cristallizzazione, e con finalità assai eterogenee, rispondendo a bisogni di tutela di diversa natura, che vengono a sovrapporsi nelle multiformi dinamiche del mercato globalizzato³¹.

Si tratta, infatti, di un settore in continua evoluzione non riconducibile ad un sistema stabile e compiuto. Il diritto alimentare si struttura attraverso un'incessante produzione di norme articolate su diversi ambiti di spazialità (comunitario e nazionale) e su diverse discipline del diritto, con risvolti inerenti, come noto, non solo al diritto penale, ma anche a quello civile ed amministrativo³². Un settore "sensibile" ad istanze ultra-securitariste, come quello in esame, non è peraltro scevro da istanze di tutela di natura emotiva (spesso dipendenti da contingenti successioni di emergenze), legate alle ricorrenti ansie provocate dalla globalizzazione dei mercati e soprattutto dalla globalizzazione dei rischi.

Come già accennato, emergono, altresì, ramificate interferenze con altri campi del sapere, in particolare con quello tecnico-scientifico. Ciò avviene sia nella fase di produzione normativa, contrassegnata, come è intuibile, dall'accettazione dei postulati della scienza e dal rimando a nozioni tecnico-scientifiche riguardanti, ad esempio,

precauzione e diritto penale, cit., 18-19. Alla sua stregua, viene ad assumere rilievo l'opportunità di intervenire «cautelativamente anche laddove non sia ancora dimostrato un qualche rischio per la salute (o l'ambiente), ma questo non può essere completamente escluso»: così PACILEO, *Il diritto degli alimenti. Profili civili, penali ed amministrativi*, Padova, 2003, 45. Come noto, la matrice del suddetto principio, nato nell'ambito della tutela dell'ambiente e poi esteso anche ad altri settori, è di derivazione europea. La principale base normativa è l'art. 191 TFUE (ex art. 174 TCE). Nell'ambito della sicurezza alimentare, il principio di precauzione è sancito dall'art. 7 del Regolamento (CE) n. 178 del 2002: «Qualora, in circostanze specifiche a seguito di una valutazione delle informazioni disponibili, venga individuata la possibilità di effetti dannosi per la salute ma permanga una situazione d'incertezza sul piano scientifico, possono essere adottate le misure provvisorie di gestione del rischio necessarie per garantire il livello elevato di tutela della salute che la Comunità persegue, in attesa di ulteriori informazioni scientifiche per una valutazione più esauriente del rischio» (par. 1). Sull'art. 7 cit. v. l'ampio commento di SOLLINI, *Il principio di precauzione nella disciplina comunitaria della sicurezza alimentare. Profili critico-ricostruttivi*, Milano, 2006, 52 ss. Fra le fonti internazionali sul principio di precauzione va menzionata la *Dichiarazione di Rio sull'ambiente e lo sviluppo* (Report of the United Nations Conference on environment and development, Rio de Janeiro, 3-14 june 1992, annex 1, principle 15, in www.un.org/documents).

Evidenzia la portata generale del suddetto principio, sottolineando l'importanza della sua applicazione nei settori della protezione dell'ambiente e della salute umana, animale o vegetale, la *Comunicazione della Commissione sul principio di precauzione*, Bruxelles, 2 febbraio 2000, cit., 3 (§ 3 del sommario), 9 (§ 3 del testo), su cui v. una sintesi in FORTI, "Accesso" alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione, cit., 161 ss., 165 ss., 195 ss. A riguardo emblematica è la definizione del principio di precauzione fornita dalla *Comunicazione della Commissione*, cit., 10 (§ 3 del testo).

Per i dovuti approfondimenti sul principio in parola rinviando ancora alla recente monografia di CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, 17 ss., 25 ss., e agli ulteriori riferimenti ivi contenuti, spec. 20, nota 9. Per una ricostruzione della dimensione sovranazionale del principio, sia nella prospettiva internazionale che europea, ci limitiamo ad indicare L. MARINI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario. Disciplina del commercio di organismi geneticamente modificati e profili di sicurezza alimentare*, Padova, 2004, 41 ss.

30. Si pensi ad es. alla disciplina degli additivi alimentari (art. 5 lett. g, legge n. 283/1962) e a quella degli antiparassitari (art. 5, lett. h, legge n. 283/1962). In base al meccanismo della «lista positiva», appositi decreti ministeriali individuano in un elenco solo le sostanze (utilizzabili) su cui si siano formate fondate convinzioni scientifiche circa la loro innocuità. L'utilizzo delle sostanze non incluse nella lista, su cui verte uno stato d'incertezza scientifica circa la loro pericolosità, è vietato penalmente. V., sul punto, *infra* par. 4.2.

31. Cfr. fra i tanti PICA, voce *Illeciti alimentari*, in *Enc. del dir.*, vol. VI, Milano, 2002, 443 ss.

32. MASINI, *Corso di diritto alimentare*, II ediz., Milano, 2011, 18 s.

Sull'evoluzione del diritto europeo in materia agroalimentare, v. da ultimo la chiara sintesi di GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, tomo II, cit., 250 ss.

Sulla controversa relazione fra norme penali alimentari e diritto dell'Unione europea, sotto il versante del principio di legalità, v. da ultimo MARTUFI, *Eterointegrazione penale e norme europee. Il caso della legislazione penale alimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2012, 695 ss., con ampi richiami.

caratteristiche “funzionali” degli alimenti³³, sia nella fase interpretativa ed operativa, si pensi, a tal proposito, alla rilevanza processuale delle analisi di laboratorio³⁴. La norma alimentare è, in tal senso, il risultato del convergere di dati tecnico-scientifici e giuridici³⁵.

Inoltre, il settore alimentare è caratterizzato da una «*gradualità sanzionatoria* della tutela», che viene ad articolarsi su più livelli differenziati: si va dall’illecito di natura delittuosa a quello di natura contravvenzionale, a quello depenalizzato, a quello amministrativo fin dall’origine³⁶.

La stratificazione legislativa della materia alimentare, con il sovrapporsi di fonti di vario livello e diversa tipologia (comunitarie ed interne, legislative e sub legislative), è un dato che, pur sconcertando spesso l’interprete, non sorprende, considerato che il diritto degli alimenti recepisce istanze di tutela fra le più variegata e differenziate. Infatti, non rileva soltanto l’igiene, l’integrità e la genuinità degli alimenti, e più in generale la salute dei consumatori, ma anche, solo per fare alcuni esempi, l’economia pubblica, la lealtà commerciale, gli interessi commerciali di particolari categorie di produttori, la circolazione dei prodotti, la corretta informazione dei consumatori, la specificità e l’origine territoriale della produzione, l’attività agricola, gli interessi fiscali dello Stato³⁷.

La complessità e la stratificazione legislativa della materia incidono, come è immaginabile, sulla coerenza del settore penale alimentare. Il sistema, infatti, ne risente disfunzionalmente sotto il profilo della determinatezza, conoscibilità, ragionevolezza, proporzionalità, effettività delle fattispecie.

Pur fra le diverse contraddizioni dell’impianto predisposto dal legislatore, la materia si rileva un settore di sicura modernità³⁸ per le sue molteplici e variegata implicazioni soprattutto sotto il versante della tenuta politico-criminale del sistema, in rapporto alle forme e ai diversi gradi di anticipazione della tutela penale. Infatti, l’applicazione al settore alimentare di processi industriali di produzione e distribuzione caratterizzati da una crescente manipolazione degli alimenti, la loro circolazione globalizzata, il tendenziale incremento di attività di sperimentazione, spesso attraverso tecniche dagli effetti poco noti, sono, certamente, tutti fattori che hanno acuito il problema della sicurezza alimentare³⁹. Considerato lo stretto rapporto fra salute umana e alimentazione, si pone la necessità di prevedere meccanismi orientati sia in funzione *preventiva* che *precauzionale*, secondo il modello dell’analisi dei rischi⁴⁰.

In particolare, vedremo come la *sicurezza alimentare* si ponga quale interesse *funzionale* (bene *intermedio*) alla salute e come quest’ultimo bene sia tutelato, da un lato, mediante fattispecie che guardano al *pericolo*, da un altro, mediante fattispecie che, in un’ottica di ulteriore retrocessione della tutela, sono collegate al concetto di *rischio* (per la salute)⁴¹. Quest’ultimo assume una doppia connotazione, infatti sia la logica della

33. Sulla definizione di alimento, v. l’art. 2 Reg. (CE) n. 178/2002, su cui si veda, fra gli altri, COSTATO-RIZZOLI, voce *Sicurezza alimentare*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., Agg.*, V, Torino, 2010, 928 ss.; COSTATO-BORGHI-RIZZOLI, *Compendio di diritto alimentare*, cit., 11 ss.

34. PACILEO, *Alimenti e bevande*. L. 30.4.1962, n. 283, in GAITO-RONCO, a cura di, *Leggi penali complementari commentate*, Milanofiori Assago, 2009, 3; MASINI, *op. ult. cit.*, 19.

35. PICCININO, *Diritto penale alimentare (Dottrina e giurisprudenza)*, vol. I, Torino, 1988, 61, che sostiene: «la norma alimentare si diparte quasi sempre da un “presupposto” – sia esso esplicito o meramente implicito – di carattere tecnico e scientifico».

36. CASTRONUOVO, *Brevi note sull’atteggiarsi del pericolo per il bene giuridico nei reati alimentari*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1997, 638.

37. Nello stesso senso, v. CASTRONUOVO, *Sicurezza alimentare*, in DONINI-CASTRONUOVO, a cura di, *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, Padova, 2007, 22; v. pure BERNARDI, *Il processo di razionalizzazione del sistema sanzionatorio alimentare tra codice e leggi speciali*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, 67; più di recente, fra gli altri, GARGANI, *Reati contro l’incolumità pubblica*, tomo II, cit., 248, 273 s.

38. Ne è prova anche il crescente interesse della dottrina per tale materia, sicuramente estremamente settoriale, ma al contempo di ampio respiro, tagliando trasversalmente molteplici aspetti di politica criminale e finendo a doversi misurare con tutti i principi fondamentali del diritto penale.

39. G.A. DE FRANCESCO, *Dinamiche del rischio e modelli d’incriminazione nel campo della circolazione di prodotti alimentari*, cit., 10: se, da una parte, gli sviluppi tecnologici hanno consentito una maggiore disponibilità di risorse alimentari, dall’altra, gli stessi hanno comportato il sorgere di nuovi rischi per la salute, dovuti ad una insufficiente conoscenza degli effetti avversi delle nuove tecniche via via utilizzate dagli operatori del settore.

40. GARGANI, *Reati contro l’incolumità pubblica*, tomo II, cit., 249.

41. Si è già segnalato ad apertura del presente lavoro (nota 3, anche per i riferimenti principali) la problematicità della differenziazione fra i concetti di

prevenzione che quella della *precauzione* ricorrono al concetto di rischio, inteso quale potenziale offensivo⁴². Con riferimento al rischio, individueremo, pertanto, fattispecie, orientate in funzione *preventiva*, agganciate al concetto di *rischio nomologicamente noto*, e fattispecie “precauzionali” collegate a quello di *rischio ignoto*, che allo stato delle conoscenze nomologiche non può ragionevolmente escludersi (emblematica a tal proposito la disciplina sugli OGM)⁴³. Avvertiamo, fin da subito, che la nostra attenzione sarà prevalentemente rivolta alle fattispecie “costruite” sul *rischio*, sia in funzione *preventiva* che *precauzionale*. È, infatti, il rischio il referente privilegiato della sicurezza degli alimenti⁴⁴. Prima di procedere, è però opportuno ricostruire, seppur brevemente, la disciplina sanzionatoria in materia alimentare.

Prima dell'intervento riformatore del d.lgs. n. 507 del 1999, il sistema di tutela penale nel settore alimentare si articolava, sommariamente, su tre differenti ambiti⁴⁵. Un primo livello di tutela, di natura “generale”, era rappresentato da alcune fattispecie delittuose, contenute nel codice penale, dirette a punire, in maniera esclusiva o comunque in modo significativo, illeciti in materia di alimenti (delitti contro la salute pubblica, e seppure in un prospettiva teleologica diversa, delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio). Il secondo livello di tutela era costituito da alcune leggi speciali (*extra codicem*) a carattere generale. In tale categoria rientrava essenzialmente la legge n. 283 del 30 aprile 1962 (*Disciplina igienica della produzione e della vendita delle sostanze alimentari e delle bevande*), articolata in una serie di contravvenzioni riferite a diverse fasi della produzione, detenzione, commercializzazione, vendita e somministrazione degli alimenti. Infine, il terzo livello di tutela era caratterizzato essenzialmente da tutta una serie di previsioni contravvenzionali contenute in leggi speciali “specifiche”⁴⁶, a carattere estremamente settoriale, volte a disciplinare particolari categorie di alimenti e bevande (ad es. formaggi, vini, bevande spiritose, ovoprodotti, carni fresche, molluschi) o addirittura singoli alimenti (ad es. burro, caffè, miele), oppure specifici aspetti della disciplina alimentare o singoli sottosettori del campo alimentare (ad es. pubblicità, trasporto, etichettatura, imballaggi, surgelati, additivi, etc.). Si trattava di un livello di tutela assai frammentario e frenetico per i continui interventi novellistici, sia di natura interna che comunitaria.

Il primo livello di tutela – rimasto pressoché invariato a seguito della riforma del

rischio e pericolo. Convincente appare la posizione di chi intende il pericolo come *probabilità*, scientificamente apprezzabile, del realizzarsi dell'evento temuto, mentre il rischio come *possibilità* che si realizzi l'evento: GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, tomo II, cit., 134 ss.; cfr. C. PERINI, *Il concetto di rischio*, cit., 540 e 672, che intende il rischio come «sinonimo di possibilità (i.e. non impossibilità) dell'evento»; ID., *La legislazione penale*, cit., 125; in tal senso, già prima MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, cit., 18, 33-34, che considera il rischio quale «relazione di possibilità tra una entità (umana o naturale) ed un ulteriore risultato, temuto o atteso»; da ultimo, PAGLIARO, *Bozza di osservazioni sulla sentenza “Grandi Rischi”*, cit., 1820; sulla nozione di pericolo intesa come *probabilità* del realizzarsi dell'evento temuto, v. già prima PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990, 194-205. Inoltre, come è stato giustamente osservato, il rischio «non si limita a precedere il pericolo, ma assume un altro oggetto e un altro criterio di valutazione. L'oggetto del rischio non è un fattore determinato, ma l'interazione dinamica di un complesso di circostanze»; mentre il pericolo «si verifica quando l'interazione dei fattori si esprime in termini potenzialmente eziologici verso un evento di danno»: PADOVANI, *Il destino sistematico e politico criminale delle contravvenzioni e la riforma del diritto penale del lavoro in Italia*, in *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, a cura di DONINI, Milano, 2003, 166, con esemplificazione. In senso adesivo, G.A. DE FRANCESCO, *Dinamiche del rischio*, cit., 12; GARGANI, *op. ult. cit.*, 135-136.

42. Cfr. ancora GARGANI, *op. ult. cit.*, 147 s.

43. Come vedremo *infra* par. 4, se la più sperimentata logica della *prevenzione* è volta alla eliminazione o quantomeno alla riduzione dei *rischi nomologicamente noti*, «quindi dagli effetti prevenibili in quanto prevedibili», la più innovativa logica della *precauzione* si occupa di *rischi ignoti* che allo stato delle conoscenze nomologiche non possono ragionevolmente escludersi. Per il momento, sul punto, ci limitiamo ad indicare CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., 26-27.

44. Cfr. ancora GARGANI, *op. ult. cit.*, 136.

45. BERNARDI, *Il processo di razionalizzazione del sistema sanzionatorio alimentare*, cit., 64 ss.; CASTRONUOVO, *Sicurezza alimentare*, cit., 23 ss.; ID., *Depenalizzazione e modelli di riforma penale: il “paradigma” del sistema di illeciti in materia di alimenti*, in *Ind. pen.*, 2001, 303 s.; GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, tomo II, cit., 273 ss.

46. Sul concetto di “legge speciale specifica”, riferito a normative alimentari a carattere estremamente settoriale, e su quello di “legge speciale generale”, riferito sostanzialmente alla legge n. 283 del 1962, a carattere generale ed organico, v. per tutti CORRERA, *Tutela igienico-sanitaria degli alimenti e bevande*, III ediz., Milano, 1991, 164-165, nonché nota 7.

1999 – risulta(va) composto da due diversi gruppi di fattispecie codicistiche di natura delittuosa, collocate rispettivamente nel titolo VI (*Dei delitti contro l'incolumità pubblica*), capo II (*Dei delitti di comune pericolo mediante frode*) del libro II e nel titolo VIII (*Dei delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio*), capi I (*Dei delitti contro l'economia pubblica*) e II (*Dei delitti contro l'industria e il commercio*) del libro II. Nel primo gruppo rientrano, in particolare, i reati di cui agli artt. 439 (*Avvelenamento di acque o di sostanze alimentari*), 440 (*Adulterazione o contraffazione di sostanze alimentari*), 442 (*Commercio di sostanze alimentari contraffatte o adulterate*), 444 (*Commercio di sostanze alimentari nocive*) e 452 (*Delitti colposi contro la salute pubblica*), c.p., posti essenzialmente a tutela della salute dei consumatori. Nel secondo gruppo rientrano i reati di cui agli artt. 499 (*Distruzione di materie prime o di produzione agricoli o industriali ovvero di mezzi di produzione*), 501 (*Rialzo e ribasso fraudolento di prezzi sul pubblico mercato o nelle borse di commercio*) e più segnatamente gli artt. 515 (*Frode nell'esercizio del commercio*), 516 (*Vendita di sostanze alimentari non genuine come genuine*), 517 (*Vendita di prodotti industriali con segni mendaci*), 517 quater (*Contraffazione di indicazioni geografiche o denominazioni di origine dei prodotti agroalimentari*)⁴⁷, c.p., posti essenzialmente a tutela dell'interesse economico dei produttori, dei commercianti ed acquirenti di prodotti alimentari, nonché della stessa economia nazionale nel suo complesso⁴⁸. Le fattispecie del secondo gruppo, anche se non in via esclusiva come quelle del primo gruppo, toccano in maniera significativa la materia alimentare, almeno allorquando abbiano per oggetto alimenti⁴⁹.

Con riferimento al secondo livello di tutela, la legge n. 283 del 1962 può considerarsi la “legge-quadro” in materia alimentare, riguardando tutti gli alimenti e tutte le diverse fasi, sia produttive che distributive, del ciclo economico. In particolare, a seguito della depenalizzazione operata tramite il d.lgs. n. 507 del 1999 (legge delega n. 205 dello stesso anno), conservano rilevanza penale le fattispecie risultanti dal combinato disposto degli artt. 5 e 6 della legge n. 283/1962, i quali individuano le norme cardine in materia di tutela degli alimenti⁵⁰. L'art. 5 (in combinato disposto con l'art. 6) individua delle contravvenzioni – con funzione sussidiaria rispetto alle ipotesi delittuose del codice penale, considerata la clausola introduttiva di cui all'art. 6: “salvo che il fatto non costituisca più grave reato” – fondate sul divieto di impiegare nella preparazione, vendere detenere per vendere o comunque distribuire per il consumo sostanze alimentari: a) *private anche in parte dei propri elementi nutritivi o mescolate a sostanze di qualità inferiore o comunque trattate in modo da variarne la composizione naturale, salvo quanto disposto da leggi e regolamenti speciali*; b) *in cattivo stato di conservazione*; c) *con cariche microbiche superiori ai limiti che saranno stabiliti dal regolamento di esecuzione o da ordinanze ministeriali*; d) *insudiciate, invase da parassiti, in stato di alterazione o comunque nocive, ovvero sottoposte a lavorazioni o trattamenti diretti a mascherare un preesistente stato di alterazione*; e) (lettera soppressa dall'art. 3, L. 26 febbraio 1963, n. 441); f) (lettera abrogata dall'art. 57, L. 19 febbraio 1992, n. 142); g) *con aggiunta di additivi chimici di qualsiasi natura non autorizzati con decreto del Ministro per la sanità o, nel caso che siano stati autorizzati, senza l'osservanza delle norme prescritte per il loro impiego [...]*; h) *che contengano residui di prodotti, usati in agricoltura per la protezione delle piante e a*

47. Articolo aggiunto dall'art. 15, comma 1, lett. e), della l. 23 luglio 2009, n. 99.

48. BERNARDI, *Il processo di razionalizzazione del sistema sanzionatorio alimentare*, cit., 65; CASTRONUOVO, *Sicurezza alimentare*, cit., 26-27; PACILEO, *Reati alimentari*, Milano, 1995, 35 s.

49. CASTRONUOVO, *Depenalizzazione e modelli di riforma penale*, cit., 299; v. pure PICA, voce *Illeciti alimentari*, cit., 492, che sottolinea come anche gli illeciti di natura commerciale rivestano un ruolo importante nel sistema alimentare, «perché la correttezza e la regolarità del sistema economico giovano alla salvaguardia dei beni orientati più direttamente alla tutela della salute, soprattutto allorché contribuiscano ad assicurare al consumatore la possibilità di conoscere le caratteristiche dei prodotti offertigli e quindi di operare con consapevolezza le sue scelte commerciali, da cui dipende la sua salute ed il suo benessere, essendo la corretta informazione al consumatore un altro bene giuridico essenziale per la tutela della salute».

50. Così pure, fra gli altri, BERNARDI, *Il processo di razionalizzazione del sistema sanzionatorio alimentare*, cit., 66; più di recente v. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, tomo II, cit., 447.

*difesa delle sostanze alimentari immagazzinate, tossici per l'uomo [...]*⁵¹.

Inoltre, l'art. 12 in combinato disposto con l'art. 6, dispone il divieto di introduzione nel territorio della Repubblica di qualsiasi sostanza destinata all'alimentazione non rispondente ai requisiti previsti dalla stessa legge 283/1962. In seguito alle modifiche introdotte dalla riforma del 1999, la violazione della disposizione viene sanzionata con una contravvenzione solo nel caso in cui le sostanze alimentari introdotte siano destinate al commercio, diversamente interverrà una sanzione amministrativa pecuniaria⁵².

Passando al terzo livello di tutela, come anticipato, si trattava del settore con maggiori distorsioni e disfunzioni: i difetti derivavano, in particolare, dall'inflazione delle disposizioni sanzionatorie. Prima dell'intervento del d.lgs. n. 507 del 1999, vi erano soprattutto disposizioni di natura penale assai variegate sotto il profilo del disvalore offensivo. In sostanza si era dinanzi ad un chiaro fenomeno di panpenalizzazione, con scelte di criminalizzazione onnicomprensive e acritiche, da cui derivava una lunga serie di fattispecie di reato, soprattutto di natura contravvenzionale⁵³. A seguito della riforma del 1999, tale settore è stato integralmente depenalizzato: tutte le fattispecie di reato contenute nelle leggi speciali "specifiche" (a carattere strettamente settoriale) sono state trasformate in illeciti amministrativi⁵⁴. Inoltre, il d.lgs. n. 507 del 1999, modificando l'art. 9, comma 3, della legge n. 689 del 1981, ha introdotto nel settore alimentare (art. 5, 6 e 12 l. 283/1962) una deroga al generale principio di specialità (art. 9, comma 1, l. 689/1981), nel senso della prevalenza della disposizione sanzionata penalmente (art. 9, comma 3, l. 689/1981).

Come avvertito da più parti in dottrina, l'intervento riorganizzativo del 1999 era inevitabile in considerazione del marasma legislativo che caratterizzava il settore alimentare⁵⁵. Spesso l'interprete si trovava dinanzi a duplicazioni di tutela penale prive di

51. Per un primo inquadramento e per i necessari riferimenti, si veda: PACILEO, *Alimenti e bevande. L. 30.4.1962, n. 283*, cit., 8 ss., 11 ss.; MADEO, *Alimenti e bevande. L. 30 aprile 1962, n. 283*, in PALAZZO-PALIERO, dir., *Commentario breve alle leggi penali complementari*, II ediz., Padova, 2007, 15 ss.; CORRERA, *op. ult. cit.*, 93 ss.; GARGANI, *op. ult. cit.*, 446 ss., 461 ss.

L'art. 6 dispone: «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, i contravventori alle disposizioni del presente articolo e dell'articolo 5 sono puniti con l'arresto fino ad un anno o con l'ammenda da euro 309 a euro 30.987. Per la violazione delle disposizioni di cui alle lettere d) e h) dell'articolo 5 si applica la pena dell'arresto da tre mesi ad un anno o dell'ammenda da euro 2.582 a euro 46.481. / In caso di condanna per frode tossica o comunque dannosa alla salute non si applicano le disposizioni degli artt. 163 e 175, c.p. / Nei casi previsti dal precedente comma, la condanna importa la pubblicazione della sentenza in uno o più giornali, a diffusione nazionale, designati dal giudice, nei modi stabiliti nel terzo comma dell'art. 36, c.p.». Con la previsione alternativa dell'arresto o dell'ammenda, introdotta dalla riforma del 1999, è possibile l'estinzione del reato nelle forme dell'oblazione di cui all'art. 162-bis c.p.

52. È utile segnalare che sul piano delle pene accessorie, in analogia con quanto previsto dall'art. 517-bis, comma 2, c.p., con riferimento ai delitti di cui agli artt. 515, 516, 517, c.p., l'art. 12-bis, aggiunto dall'art. 6 del d.lgs. n. 507/1999, introduce la possibilità da parte del giudice di disporre, con riferimento ai reati di cui agli artt. 5, 6 e 12, la chiusura definitiva dello stabilimento o esercizio e la revoca del provvedimento amministrativo che consente l'esercizio dell'attività, se il fatto è di particolare gravità e da esso sia derivato pericolo per la salute oppure se il fatto è commesso da persona già condannata, con sentenza irrevocabile, per reato posto in essere con violazione delle norme in materia di produzione, commercio e igiene degli alimenti e delle bevande. Si veda, sul punto, CASTRONUOVO, *Sicurezza alimentare*, 29-30; PIERGALLINI, *Depenalizzazione e riforma del sistema sanzionatorio nella materia degli alimenti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1460 s., 1468 s., che esprime una netta posizione critica sulle scelte del legislatore del 1999; GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, tomo II, cit., 507 ss.

53. CASTRONUOVO, *Sicurezza alimentare*, cit., 24.

54. Si riporta, a seguire, il testo dell'art. 1 del d.lgs. n. 507 del 1999: «Sono trasformate in illeciti amministrativi, soggetti alle sanzioni stabilite dagli articoli 2 e 3, le violazioni previste come reato dalle leggi comprese nell'elenco allegato al presente decreto legislativo e da ogni altra disposizione in materia di produzione, commercio e igiene degli alimenti e delle bevande, nonché di tutela della denominazione di origine dei medesimi, fatta eccezione per i reati previsti dal codice penale e dagli articoli 5, 6 e 12 della legge 30 aprile 1962, n. 283, e successive modificazioni ed integrazioni». Come è evidente, il legislatore, considerata la difficoltà di operare una ricognizione davvero attendibile delle molteplici leggi speciali "specifiche" dotate di apparato sanzionatorio di natura penale, ha optato per un *criterio misto* di depenalizzazione, utilizzando una elencazione nominale dei provvedimenti legislativi interessati dal fenomeno (v. catalogo allegato al d.lgs.) e in aggiunta una formula di chiusura ("ogni altra disposizione in materia..."). Sul punto, si veda ad. es. PIERGALLINI, *Depenalizzazione e riforma del sistema sanzionatorio nella materia degli alimenti*, cit., 1454 ss., 1466; BERNARDI, *Il processo di razionalizzazione del sistema sanzionatorio alimentare tra codice e leggi speciali*, cit., 80 ss.

55. Merita precisare che il d.lgs. n. 507/1999 non è stato l'unico tentativo legislativo volto a risolvere il problema del disordine del diritto penale alimentare. Il testo normativo di riferimento è sicuramente la l. n. 283/1962, la quale oltre ad avere inserito una tutela penale ad ampio raggio (v. artt. 5 e 6) aveva abrogato le numerose norme precedenti che punivano gli stessi fatti da essa puniti, salvo i casi in cui tali norme prevedessero una risposta sanzionatoria più severa (v. combinato disposto artt. 18 e 20). La l. n. 283/1962 finiva per costituire il livello minimo e generale della tutela penale degli alimenti, una sorta di normativa-quadro. Con l'introduzione di ulteriori leggi penali relative a specifici settori alimentari, ovvero a singoli alimenti o gruppi di alimenti, si era progressivamente ridotto l'ambito applicativo delle fattispecie incriminatrici individuate dalla suddetta legge speciale "generale". Così si ritenne necessario un nuovo intervento legislativo volto alla razionalizzazione della materia e ricollocazione della legge n. 283/1962 in una posizione di centralità. A tal fine, con la fondamentale legge di depenalizzazione n. 689/1981, da un lato, rimanevano escluse dall'opera di depenalizzazione le fattispecie incriminatrici

coordinamento. Nonostante la frequente presenza nelle singole fattispecie incriminatrici di clausole di sussidiarietà (“salvo che il fatto costituisca più grave reato”), molteplici erano, tuttavia, i problemi che emergevano in materia di convergenza fra norme⁵⁶.

Il ricorso prevalente alla sanzione penale si poneva certamente in parziale contrasto con i principi di proporzione e sussidiarietà della risposta punitiva. Con la vanificazione del principio di *extrema ratio* si registrava, conseguentemente, la violazione del principio di offensività, in particolare con riferimento alle numerose fattispecie penali del terzo settore a carattere meramente formale. L’impianto ipertrofico del diritto penale alimentare, con la massiccia frammentazione e stratificazione delle fattispecie, influiva assai negativamente sul piano della conoscibilità delle norme penali. Ciò era più evidente in caso di concorso di norme, con evidenti ricadute negative sotto il profilo della funzione generalpositiva⁵⁷.

Nonostante la depenalizzazione, è utile evidenziare che le norme contenute nel terzo settore di tutela continuano ad avere per certi versi una “rilevanza” penale. Esse, insieme a diverse altre norme di natura regolamentare, spesso a carattere “derivato”, hanno la funzione, tramite rinvio implicito od esplicito, di integrare le fattispecie contravvenzionali del secondo settore (legge n. 283 del 1962) e per certi versi anche le fattispecie delittuose del primo settore. In sostanza, svolgono un «ruolo di *etero-integrazione normativa*, in funzione di specificazione tecnica circa gli standard normativi di igiene, genuinità o integrità degli alimenti»⁵⁸.

Merita precisare, altresì, che l’art. 9, comma 3, della legge n. 689 del 1981, come modificato dal d.lgs. n. 507 del 1999, tramite il meccanismo di prevalenza delle disposizioni penali su quelle amministrative in caso di convergenza normativa, ha prodotto una sostanziale inutilizzabilità di un gran numero di disposizioni caratterizzate da sanzioni amministrative, in favore delle contravvenzioni della l. n. 283 del 1962. Come prontamente osservato da attenta dottrina, ne è derivato che, pur realizzandosi una depenalizzazione di ampia portata, il sistema alimentare è rimasto gravato da tutta una serie di fattispecie speciali-specifiche di natura amministrativa inutilizzabili, che creano confusione e appesantiscono il sistema⁵⁹. Più opportuna sarebbe, in una prospettiva *de jure condendo*, una vera e propria abrogazione delle fattispecie in questione: precisamente, andrebbero eliminate dal sistema solo le norme-sanzione e non le norme-precetto, le quali, come già anticipato, possiedono l’imprescindibile funzione di integrare le stesse fattispecie penali⁶⁰.

A ben vedere, la depenalizzazione del 1999 assume più un carattere apparente che reale. Infatti, da un lato, le fattispecie speciali-specialistiche di natura amministrativa, in virtù della deroga al principio di specialità (art. 9, comma 3, l. 689 del 1981),

individuate dalla legge n. 283/1962, mentre, dall’altro lato, venivano degradati ad illeciti amministrativi tutti i reati puniti con la sola pena pecuniaria, compresi quelli alimentari. Inoltre, in deroga al principio di specialità, con l’art. 9, comma 3, della legge del 1981, molti degli illeciti in materia alimentare, precedentemente puniti sulla base di singoli provvedimenti speciali-specialistici depenalizzati dalla stessa legge n. 689/1981, riaffluivano nell’ambito delle previsioni incriminatrici di cui alla legge n. 283 del 1962. Dopo solo poco più di un decennio tale opera di ricomposizione poteva considerarsi in gran parte superata. Cosicché alla fine degli anni ‘90 era necessario un nuovo intervento di riorganizzazione. In particolare, si richiedeva la depenalizzazione della massima parte degli illeciti contenuti nelle leggi speciali in modo tale da eliminare le molteplici fattispecie a carattere ultrasettoriale che costituivano un mero doppione di fattispecie di portata più generale. Per gli opportuni approfondimenti, v. BERNARDI, *Il processo di razionalizzazione del sistema sanzionatorio alimentare tra codice e leggi speciali*, cit., 75 s., 77 ss., con richiami.

56. Con riferimento alle ipotesi di convergenza fra disposizioni sanzionate penalmente e disposizioni sanzionate in via amministrativa (c.d. convergenza eterogenea), come anticipato nel testo, il d.lgs. n. 507/1999, modificando l’art. 9, comma 3, della legge n. 689 del 1981, ha introdotto una estensione della deroga al principio di specialità nelle ipotesi di convergenza tra disposizioni alimentari sanzionate penalmente e disposizioni alimentari sanzionate in via amministrativa, nel senso di una prevalenza della norma penale.

57. Cfr. BERNARDI, *La disciplina sanzionatoria italiana in materia alimentare dopo la riforma del 1999*, in *Ind. pen.*, 2005, 522.

58. CASTRONUOVO, *Sicurezza alimentare*, cit., 24-25, con alcune esemplificazioni e ulteriori richiami; già prima PADOVANI, *L’avvenire della legislazione sulle frodi agrarie*, in *Aspetti penali del diritto agro-ambientale ed agro-alimentare*, Atti del convegno A. Carrozza, Firenze, 21 novembre 1997, a cura di GERMANÒ-ROOK BASILE, Milano, 1999, 26; v. pure VALENTINI, *Marktradikalismus addio? Diritto penale e (in)sicurezze dei consumatori di cibo dopo il Trattato di Lisbona*, cit., 330; GARGANI, *Reati contro l’incolumità pubblica*, tomo II, cit., 285.

59. BERNARDI, *Il processo di razionalizzazione del sistema sanzionatorio alimentare*, cit., 89, che parla di vere e proprie «norme fantasma».

60. CASTRONUOVO, *Sicurezza alimentare*, cit., 37-38.

“soccombono” dinanzi alle fattispecie di natura penale che risultano, appunto, prevalenti in via esclusiva; da un altro lato, le disposizioni depenalizzate individuano comportamenti comunque destinati, tendenzialmente, ad essere ricondotti nelle fattispecie delittuose del primo livello di tutela (artt. 439 ss. c.p., 515 ss. c.p.) e nelle fattispecie contravvenzionali del secondo livello di tutela (art. 5, 6, 12 l. n. 283/1962), le quali, dal punto di vista strutturale sono più generali, con la conseguenza che la realizzazione di gran parte dei fatti astrattamente individuati dalle disposizioni amministrative integrano quantomeno le ipotesi contravvenzionali della legge n. 283 del 1962, incentrate, come vedremo, su condotte di pericolo presunto e «onnicomprensive», riguardando tutti gli alimenti e tutte le diverse fasi, sia produttive che distributive, del ciclo economico⁶¹. Peraltro, l'automatica riespansione delle fattispecie a carattere generale, nonostante la nuova formulazione dell'art. 9, comma 3, l. 689/1981, pone dei problemi sotto il versante della convergenza tra norme. Infatti, come noto, la giurisprudenza è decisamente orientata a riconoscere il concorso formale tra illeciti sanzionati penalmente e illeciti sanzionati in via amministrativa, laddove le relative norme tutelino beni o interessi diversi, o abbiano una *ratio* differente, o comunque si riferiscano a condotte non coincidenti completamente⁶².

Come era prevedibile, dopo la riforma del 1999, il meccanismo di implementazione normativa, derivante dagli obblighi di recepimento di precetti dell'Unione europea, non si è arrestato. Il sistema alimentare continua a subire un costante incremento dell'apparato sanzionatorio penale ed amministrativo. Ricordiamo fra gli interventi più significativi: il d.lgs. 8 luglio 2003, n. 224, *“Attuazione della direttiva 2001/18/CE concernente l'emissione deliberata nell'ambiente di organismi geneticamente modificati”*, che introduce, tramite gli artt. 34-36, sanzioni sia di natura penale (contravvenzionale) che di natura amministrativa, con riferimento all'emissione deliberata nell'ambiente e l'immissione in commercio di OGM⁶³; il d.lgs. 21 marzo 2005, n. 70, recante la disciplina sanzionatoria per le violazioni del Regolamento (CE) n. 1829/2003 relativo ad alimenti e mangimi geneticamente modificati e del Regolamento (CE) n. 1830/2003 riguardante la tracciabilità e l'etichettatura di OGM, che introduce sia sanzioni amministrative che contravvenzioni; il d.lgs. 21 maggio 2004, n. 169, *“Attuazione della direttiva 2002/46/CE relativa agli integratori alimentari”*, ed in particolare l'art. 15⁶⁴, che, oltre a sanzioni amministrative, prevede un'ammenda in caso di violazione delle disposizioni di cui agli articoli 1 e 3 dello stesso decreto; il d.l. 22 novembre 2004, n. 279, *“Disposizioni urgenti per assicurare la coesistenza tra le forme di agricoltura transgenica, convenzionale e biologica”*, che all'art. 6, comma 2, prevede la sanzione alternativa dell'arresto o dell'ammenda in caso di violazione del dettato di natura transitoria di cui all'art. 8 dello stesso decreto

61. CASTRONUOVO, *Sicurezza alimentare*, cit., 38; BERNARDI, *La disciplina sanzionatoria italiana in materia alimentare dopo la riforma del 1999*, cit., 524 ss.; ID., *Il processo di razionalizzazione del sistema alimentare*, cit., 82-84; v. pure PIERGALLINI, *Depenalizzazione e riforma*, cit., 1466 s.

62. Cfr. Cass. civ., sez. I, 25 maggio 2001, n. 7112, in *Mass. Giur. it.*, 2001: «In tema di sanzioni amministrative, l'operatività del principio di specialità dettato dall'art. 9, comma 3, l. 24 novembre 1981 n. 689 - il quale prevede, nel testo sostituito ad opera dell'art. 95 d.lgs. 30 dicembre 1999 n. 507, che ai fatti puniti dall'art. 5 (e dagli artt. 6 e 12) l. 30 aprile 1962 n. 283 si applicano soltanto le sanzioni penali, anche quando i fatti stessi sono puniti con sanzioni amministrative previste da disposizioni speciali in materia di produzione, commercio ed igiene degli alimenti e delle bevande - postula che la violazione amministrativa in astratto contestabile costituisca un elemento del fatto-reato, essendone parte integrante; ne consegue che detto principio non scatta allorché illecito amministrativo e illecito penale si riferiscano a due momenti distinti del comportamento del trasgressore e tra di essi intercorra un rapporto, non di identità, ma soltanto di connessione teleologica. (Sulla base dell'enunciato principio, la S.C. ha ritenuto sussistente il concorso tra la condotta di somministrazione a vitelli di allevamento di sostanze ad azione ormonale - sanzionata a titolo di illecito amministrativo dall'art. 3 d.lgs. 27 gennaio 1992 n. 118 - e il reato di detenzione per la vendita di carni bovine trattate in modo da variarne la composizione naturale mediante la somministrazione di dette sostanze, punito a titolo di contravvenzione dall'art. 5, lett. a, della citata legge n. 283 del 1962)». Sul punto, v. BERNARDI, *La disciplina sanzionatoria italiana in materia alimentare dopo la riforma del 1999*, cit., 525-526, il quale condivisibilmente conclude affermando che in definitiva la riforma del 1999 non ha né ridotto l'area del penalmente rilevante (considerata la riespansione delle norme a carattere generale), né ha precluso che uno stesso fatto venga sanzionato al contempo come illecito penale e come illecito amministrativo.

63. Bisogna richiamare anche il d.lgs. 12 aprile 2001, n. 206, sull'*impiego confinato di microrganismi geneticamente modificati* (MOGM), in attuazione della direttiva 98/81/CE, che modifica la precedente direttiva 90/219/CE (disciplina poi rifiuta nella direttiva 2009/41/CE), ed in particolare gli artt. 20-22 che prevedono soprattutto sanzioni di natura contravvenzionale. Sulla disciplina in materia di OGM e MOGM, rinviamo *infra* par. 4.3.

64. Per un primo riferimento, PACILEO, *Alimenti e bevande. D.Lgs. 21.5.2004, n. 169, art. 15*, in GAITO-RONCO, a cura di, *Leggi penali complementari commentate*, cit., 44.

legge⁶⁵; il d.lgs. 5 aprile 2006, n. 190, “Disciplina sanzionatoria per le violazioni del regolamento (CE) n. 178/2002 che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l’Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nel settore della sicurezza alimentare”, il quale introduce esclusivamente sanzioni di natura amministrativa; il d.lgs. 6 novembre 2007, n. 193, “Attuazione della direttiva 2004/41/CE relativa ai controlli in materia di sicurezza alimentare e applicazione dei regolamenti comunitari nel medesimo settore”, che introducendo nel panorama legislativo nazionale significativi cambiamenti in relazione all’applicazione dei regolamenti comunitari del c.d. “Pacchetto Igiene” (Reg. CE 852, 853, 854, 882/2004, e successive modificazioni) e ai controlli per la sicurezza alimentare, prevede principalmente sanzioni amministrative: solo in un caso, che riguarda il settore delle carni, ed in particolare la macellazione di animali, nonché la produzione e la preparazione di carni in luoghi diversi dagli stabilimenti e locali riconosciuti ai sensi del Regolamento (CE) n. 853/2004, prevede la sanzione alternativa dell’arresto o dell’ammenda (art. 6, comma 1).

Nel settore della sicurezza alimentare, l’ordinamento inevitabilmente deve misurarsi con un compito assai arduo sotto il versante delle scelte e delle tecniche di tutela penale.

L’applicazione al settore alimentare di processi industriali di produzione e distribuzione caratterizzati da una crescente manipolazione degli alimenti, spesso attraverso tecniche dagli effetti poco noti, la circolazione globalizzata degli alimenti, lo scopo dell’industria del cibo di rendersi sempre più collocata nei mercati, incrementando le attività di sperimentazione per abbattere i costi e al contempo fornire prodotti sempre più competitivi, sono tutti fattori che evidenziano la necessità di adeguati interventi – anche di natura *preventiva* e *precauzionale* – per controllare i pericoli e i rischi per la salute umana, vista la stretta relazione che esiste tra quest’ultima e l’alimentazione⁶⁶.

L’interesse dei consumatori alla *sicurezza alimentare* rileva, sotto tale versante, quale interesse riconducibile al bene (di categoria) della *salute pubblica*⁶⁷. D’altra parte, la sicurezza alimentare, intesa quale protezione della vita e della salute umana al livello più alto possibile, è un obiettivo già sancito a livello comunitario dall’art. 5 Reg. (CE) n. 178/2002⁶⁸. Assumere quale referente della tutela la sicurezza alimentare significa

65. La Corte costituzionale, con sentenza 8-17 marzo 2006, n. 116 (Gazz. Uff. 22 marzo 2006, n. 12 - Prima serie speciale), ha dichiarato, tra l’altro, l’illegittimità degli articoli 3, 4, 6, comma 1, e 7 e la conseguente illegittimità degli articoli 5, commi 3 e 4, 6, comma 2, e 8 del presente decreto-legge. Sul punto, si veda PACILEO, *Alimenti e bevande*. D.L. 22.11.2004, n. 279, art. 6, in GAITO-RONCO, a cura di, *Leggi penali complementari commentate*, cit., 45.

66. Cfr. G.A. DE FRANCESCO, *Dinamiche del rischio e modelli d’incriminazione nel campo della circolazione di prodotti alimentari*, cit., 10; DI FILIPPO, *Il principio di precauzione e la tutela della salute umana: l’esperienza della normativa in tema di sicurezza alimentare*, in BIANCHI-GESTRI, a cura di, *Il principio precauzionale nel diritto internazionale e comunitario*, Milano, 2006, 32.

P. BEVILACQUA, *Sicurezza alimentare e paradosso dell’eccedenza*, in *Agr. ist. merc.*, 2004, 6, (citato da MASINI, *Corso di diritto alimentare*, cit., 15, nota 32), giustamente sottolinea che l’alimentazione è soggetta a rischio «per una ragione di fondo [la quale] risiede in un errore originario dell’economia contemporanea: l’illusione di poter fare dell’agricoltura e dell’allevamento animale una branca qualunque dell’industria, di ridurre quel rapporto complesso di “ricambio organico” tra l’uomo e la natura a una unilaterale e semplificata pratica di produzione di merci, quasi che la creazione di beni per l’alimentazione potesse sottostare agli stessi tempi, modalità, criteri della fabbricazione dei componenti dell’automobile».

67. CASTRONUOVO, *Sicurezza alimentare*, cit., 22.

68. È opportuno precisare che se è vero che la sicurezza alimentare si colloca «nella zona di intersezione tra le materie “alimentazione” e “tutela della salute”» (così COSTATO-RIZZIOLI, voce *Sicurezza alimentare*, cit., 913), essa si estende al di là di tali settori di tutela. Si tratta, infatti, di una materia *trasversale*, che coinvolge diverse questioni, quali la definizione di alimento, l’analisi del rischio nelle sue diverse fasi e il principio di precauzione, e che abbraccia ulteriori profili, quali ad es. l’ordine pubblico, la profilassi internazionale, la libera circolazione degli alimenti e la libertà degli scambi commerciali, la lealtà commerciale, gli interessi collegati alla produzione degli alimenti, lo sviluppo dell’economia, la protezione dell’ambiente, etc. Per i dovuti approfondimenti, v. D. BEVILACQUA, *La sicurezza alimentare negli ordinamenti giuridici ultrastatali*, Milano, 2012, 11 ss., il quale ben evidenzia la «natura multidimensionale» della sicurezza alimentare (Id., *op. ult. cit.*, 15); COSTATO-BORGHI-RIZZIOLI, *Compendio di diritto alimentare*, cit., 90 ss.

D’altra parte, la trasversalità della sicurezza alimentare emerge in maniera evidente dallo stesso art. 5 del Reg. (CE) n. 178/2002, appena richiamato nel testo, laddove stabilisce che la legislazione alimentare non solo persegue l’obiettivo della tutela della salute umana, ma anche «la tutela degli interessi dei consumatori, comprese le pratiche leali nel commercio alimentare» (comma 1), nonché «mira al conseguimento della libertà di circolazione all’interno della Comunità degli alimenti e dei mangimi [...]» (comma 2).

La *complessità* della sicurezza alimentare emerge inoltre nel *Considerando* n. 12 dello stesso Reg. (CE) n. 178/2002, ove si stabilisce che «per garantire la sicurezza degli alimenti occorre considerare tutti gli aspetti della catena di produzione alimentare come un unico processo, a partire dalla produzione

trasporre in termini coerenti le istanze del Regolamento del 2002 che, appunto, oltre ad istituire l'Autorità europea per la sicurezza alimentare e a stabilire i principi e i requisiti della legislazione alimentare, fissa importanti procedure nel campo della sicurezza alimentare.

In tal senso, la sicurezza alimentare si pone quale interesse *funzionale* alla salute. Si tratta di un bene giuridico *intermedio*, a carattere strumentale, che si viene a porre tra la sfera di tutela della salute pubblica, intesa quale bene di categoria, e «lo scopo ultimo della tutela stessa»⁶⁹: in altri termini, la garanzia della sicurezza degli alimenti si pone quale interesse la cui protezione *ad hoc* è strettamente giustificata dall'intima connessione che la aggancia ai fini di difesa e promozione della salute collettiva ed individuale. La salute, pertanto, si colloca quale «referente di valore 'finale'»⁷⁰ della disciplina sulla sicurezza alimentare.

La salute come noto è un bene fondamentale di rilevanza costituzionale. L'art. 32 Cost., primo comma, stabilisce, infatti che «la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività»⁷¹. Emerge, in tutta evidenza, la duplicità dell'aspetto tutorio: tale bene rileva sia come diritto personalissimo, sia «nei suoi riflessi sociali». Infatti, l'attentato alla salute a livello individuale può propagarsi negativamente in un ambito più ampio di persone, di contro, un'aggressione diffusiva può colpire specifici soggetti appartenenti alla collettività coinvolta⁷².

Merita precisare, a tal proposito, che la *salute pubblica* è da considerarsi un *bene giuridico autonomo* rispetto a quello dei diritti dei singoli alla salute individuale, rilevando come un «vero e proprio diritto sociale o collettivo» appartenente ad una collettività⁷³.

Come noto, nell'impianto codicistico, la *salute pubblica* viene «accomunata» all'*incolumità pubblica*: in particolare, la prima viene vista come una modalità di tutela della seconda⁷⁴.

Con riferimento al settore di nostro interesse, ossia quello alimentare, possiamo dire che la tutela della salute pubblica è l'obiettivo principale perseguito non solo dalle fattispecie codicistiche, richiamate nel paragrafo precedente, collocate nel titolo VI, capo II, del libro II, ma anche dalla legge n. 283 del 1962, che in particolare persegue l'obiettivo

primaria inclusa, passando per la produzione di mangimi fino alla vendita o erogazione di alimenti al consumatore inclusa, in quanto ciascun elemento di essa presenta un potenziale impatto sulla sicurezza alimentare». Cfr., nell'ambito del diritto penale, GARGANI, *op. ult. cit.*, 254 ss., il quale per una maggiore comprensione del concetto di sicurezza alimentare richiama, tra l'altro, il contenuto dell'art. 14 del Reg. (CE) n. 178 del 2002 che fissa i requisiti di sicurezza degli alimenti, rimandando anche a criteri permeati da logiche precauzionali [cfr. art. 14 parr. 4, lett. b), e 8]. Su quest'ultimo profilo, v. anche PONGILUPPI, *Principio di precauzione e reati alimentari. Riflessioni sul rapporto «a distanza» tra disvalore d'azione e disvalore d'evento*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2010, 229-230.

69. DONINI, *Il progetto di riforma dei reati in materia di sicurezza alimentare*, in *Cass. pen.*, 2010, 4463 s., in cui è possibile leggere, oltre alla *Relazione illustrativa*, l'ipotesi di articolato (*Schema di disegno di legge recante: "Disposizioni in materia di sicurezza alimentare"*) approvata in data 13 ottobre 2009 dalla Commissione di studio, nominata il 27 maggio 2009 dal Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali. Cfr. anche l'ipotesi di articolato in materia di reati alimentari proposta da DONINI, *Modelli di illecito penale minore. Un contributo alla riforma dei reati di pericolo contro la salute pubblica*, in DONINI-CASTRONUOVO, a cura di, *La riforma dei reati contro la salute pubblica*, cit., 287 ss., nonché le relative esplicazioni dell'A., 293-294.

70. L'espressione è di GARGANI, *op. ult. cit.*, 107.

71. In generale, è ormai acquisita una nozione di salute che supera l'accezione in negativo di mera assenza di malattia. Secondo la nozione recepita dalla Organizzazione Mondiale della Salute, essa va infatti intesa in positivo quale stato di completo benessere fisico e psichico, tale da apparire pregiudicata da qualsiasi suo perturbamento, anche se non riconducibile, dal punto di vista nosografico, ad una malattia. Sul concetto di salute penalmente rilevante e sulle varie questioni sorte intorno ad esso, v. fra gli altri, con diversità di prospettiva, GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, tomo II, cit., 56 ss.; ID., *Il danno qualificato dal pericolo. Profili sistematici e politico-criminali dei delitti contro l'incolumità pubblica*, Torino, 2005, 171 ss.; DONINI, *Modelli di illecito penale minore*, cit., 207 ss., 214 s.; RIONATO, *Dei delitti contro l'incolumità pubblica*, art. 422-452. *Nota introduttiva*, in CRESPI-FORTI-ZUCCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, V ediz., Padova, 2008, 1057 ss.; MADEO, *La tutela penale della salute dei consumatori*, Torino, 2006, 35 ss.; PACILEO, *Il diritto degli alimenti. Profili civili, penali ed amministrativi*, cit., 129 ss.; PETRINI, *Reati di pericolo e tutela della salute dei consumatori*, Milano, 1990, 17 ss.; PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., 268 s.; PATRONO, *Inquinamento industriale e tutela dell'ambiente*, Padova, 1980, 46 e nota 6.

72. PACILEO, *Il diritto degli alimenti*, cit., 130.

73. DONINI, *Modelli di illecito penale minore*, cit., 208, corsivo originale.

74. Cfr. ARDIZZONE, voce *Incolumità pubblica (delitti e contravvenzioni contro la)*, in *Dig. Disc. Pen.*, VI, Torino, 1992, 364: «Incolumità pubblica e salute pubblica non sono in rapporto di genere a specie, dovendosi considerare la salute pubblica un profilo della incolumità (pubblica)»; GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, tomo II, cit., 54-56, con ulteriori richiami. Sulle «differenze criminologiche e di tipizzazione» fra tutela della salute pubblica e tutela dell'incolumità pubblica, v. DONINI, *Modelli di illecito penale minore*, cit., 210 ss.

di tutelare la salute dei consumatori di prodotti alimentari⁷⁵.

Se, in termini generali, comunemente, si sostiene che i delitti di cui agli artt. 439 ss. c.p. tendono a tutelare la salute da attacchi diretti e concreti, viceversa la normativa di cui alla l. 30.4.1962, n. 283, appronta una tutela anticipata di quel medesimo bene⁷⁶. Normalmente, ai fini della configurabilità delle ipotesi descritte nel capo II del titolo VI, libro II, c.p., si richiede un *pericolo concreto* per la salute, mentre le ipotesi contravvenzionali di cui all'art. 5 della legge n. 283/1962, tranne specifiche eccezioni, sono considerate reati di *pericolo presunto o astratto*⁷⁷.

Salute pubblica e reati di pericolo costituiscono in effetti una connessione inevitabile, trattandosi di un bene giuridico che necessita per definizione di una tutela anticipata. Trattandosi di un bene collettivo, essendo, per definizione riferito ad un numero indeterminato di persone, «*risulta sempre offeso in misura varia, ma necessariamente potenziale*»⁷⁸. Può esserci *lesione effettiva*, oltre che rispetto ai beni individuali⁷⁹, rispetto a beni giuridici-oggetto, più delimitati, tutelati in via immediata da singole fattispecie, che si vengano a porre quali strumenti *indiretti* di tutela (*beni strumentali* o *intermedi*) rispetto alla salute collettiva. In sostanza, il bene della salute pubblica non può essere *effettivamente leso* come bene di categoria, può essere solo 'posto in pericolo', o, come vedremo nel prosieguo, 'esposto a rischio'. Solo ricostruendo diversamente alcuni beni strumentali, o intermedi, specifici, oggetto di singole fattispecie, potrà parlarsi di vera lesione. Con riferimento alle fattispecie di cui all'art. 5 della legge n. 283 del 1962, si

75. Cfr. ad es. MADEO, *Alimenti e bevande*, cit., 17 ss. Secondo GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, tomo II, cit., 171 s., la tutela penale della salute assume una «bipolarità teleologica»: le offese tipizzate dalle ipotesi delittuose sono «qualitativamente e quantitativamente eterogenee» rispetto a quelle contravvenzionali. Il pericolo per la salute nelle ipotesi contravvenzionali non ha carattere diffusivo, «corrisponde alla messa a repentaglio della salute di singole persone oppure di una cerchia ristretta di persone». Nel caso dei delitti a tutela della salute pubblica, invece, emerge il carattere diffusivo dell'offesa, la quale deve riferirsi impersonalmente al pubblico, alla collettività. In entrambi i casi, tuttavia, la tutela poggia su un'accezione di indeterminatezza. In sostanza, secondo l'A., le due prospettive di tutela si basano su due «accezioni eterogenee di indeterminatezza».

76. V. Corte cost. 7.1.1982, n. 1, in *Foro it.*, 1982, I, 642; Corte cost., 1.8.1979, n. 99, in *Foro it.*, 1979, I, 2527. Sulla progressione offensiva nei reati alimentari, v. l'acuto scritto di CASTRONUOVO, *Brevi note sull'atteggiarsi del pericolo*, cit., 648 ss.

77. PEDRAZZI, *Le direttrici della tutela penale in materia alimentare*, in *Problemi penali in tema di frodi alimentari*, Milano, 1971, 68; MADEO, *Alimenti e bevande*, cit., 28, 36, che evidenzia come le contravvenzioni *de qua*, salvo il caso delle sostanze «comunque nocive» (lett. d), e i delitti codicistici si pongano in un rapporto di progressione criminosa, che dà origine ad un concorso apparente di norme: se il pericolo non si verifica, si realizza la contravvenzione, mentre se il pericolo si realizza si configura il delitto contro l'incolumità pubblica di cui siano integrati gli estremi. Tale soluzione trova conferma, tra l'altro, nella previsione della clausola di sussidiarietà prevista all'art. 6 legge 283/1962 («salvo che il fatto costituisca più grave reato») e della clausola di riserva di cui all'art. 18 della stessa legge, il quale statuisce che le disposizioni di cui agli artt. 5 e 12 «si applicano quando i fatti ivi contemplati non costituiscono reati più gravi ai sensi di altre disposizioni»; CASTRONUOVO, *Sicurezza alimentare*, cit., 31-32; PACILEO, *Reati alimentari*, Milano, 1995, 43; ID., *Alimenti e bevande*, cit., 5; v. pure BERNARDI, *Il processo di razionalizzazione del sistema sanzionatorio alimentare tra codice e leggi speciali*, cit., 66 nota 21, 84; PIERGALLINI, *Depenalizzazione e riforma*, cit., 1453; CUSTODERO, *Rilievi in ordine alla tutela penale della salute pubblica*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2000, 75-76; sui tentativi di revisione della tradizionale contrapposizione fra reati di pericolo concreto e reati di pericolo presunto, v. ad es. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, VI ediz., Bologna, 2010, 204-205.

Senza entrare nel merito del vasto dibattito dottrinale sulla qualificazione dei delitti di comune pericolo previsti dagli artt. 439 ss., c.p., si può sostenere che i delitti del capo II del titolo VI (almeno con riferimento alle fattispecie di cui agli artt. 440, 442, 444, c.p.), considerato che annoverano il pericolo tra gli elementi del fatto tipico (reati di *pericolo comune espresso*), pur occorrendo far «astrazione» da una serie di elementi, richiedono comunque che il pericolo si verifichi effettivamente per ritenere integrato il reato (PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., 225). Occorre accertare, pertanto, che le condotte vietate abbiano realmente posto in pericolo la salute pubblica, intesa quale interesse collettivo a vittima indeterminata (le modalità di concreto accertamento possono diversificarsi a seconda della specifica posizione del pericolo nell'ambito della fattispecie tipica: v. sul punto, ad es., PARODI GIUSINO, *op. ult. cit.*, 217 s., 316 ss.). Nelle contravvenzioni di cui all'art. 5 cit., si prescinde, invece, dall'accertamento di un effettivo pericolo per la salute pubblica.

Merita ricordare la posizione di GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, tomo II, cit., 150 ss., 163 ss., il quale sostiene che i delitti di cui al capo II («Delitti di comune pericolo mediante frode») non siano riconducibili al paradigma del pericolo concreto in senso stretto. L'A. giunge a tale conclusione facendo leva su alcuni «pregnanti profili di astrazione, imposti dalla natura dell'interesse protetto (parimenti diffuso e insuscettibile di immedesimarsi in un soggetto previamente determinabile)», che caratterizzano il giudizio prognostico in tali fattispecie (ID., *op. ult. cit.*, 151). Secondo l'A. le fattispecie delittuose poste a tutela della salute pubblica «debbono e possono, in realtà, essere ricondotte ad un medesimo paradigma astratto di anticipazione della tutela sotteso, in generale, alla prevenzione del pericolo comune» (ID., *op. ult. cit.*, 150, 163 s.).

In generale, sulla distinzione fra reati di pericolo astratto e reati di pericolo concreto, v. per tutti PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, VII ediz., Milano, 2003, 241 ss. Per una recente analisi delle due categorie, v. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti soglia*, cit., 152 ss., 162 ss., 172 ss., con ampi richiami, che, tra l'altro, ricostruisce efficacemente le diverse posizioni all'interno del dibattito dottrinale.

78. DONINI, *Modelli di illecito penale minore*, cit., 209-210, corsivo originale; GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, tomo II, cit., 70 s., 132-133.

79. Gli interessi *individuali* legati alla sicurezza alimentare sono evidentemente riconducibili alla tutela dei beni della vita e dell'incolumità individuale. Si tratta di beni che vengono tutelati in via immediata dalle fattispecie delittuose dolose e colpose di omicidio o lesioni personali, o eventualmente dalla fattispecie di cui all'art. 586 c.p. (morte o lesioni come conseguenza di altro delitto doloso).

pensi, a tal proposito, a quelle ricostruzioni della dottrina che concretizzano maggiormente la struttura offensiva, individuando quale bene-oggetto, tutelato in via immediata, l'igiene, genuinità e integrità degli alimenti, il quale viene a porsi quale bene giuridico intermedio o strumentale rispetto alla salute pubblica⁸⁰. In tal senso, diverse saranno, ovviamente, le conclusioni circa la forma di offesa tipizzata.

Si può, pertanto, affermare che gli artt. 5 e 6 della legge n. 283/1962 tutelino *immediatamente* l'igiene, la genuinità e l'integrità degli alimenti, e in generale la sicurezza e la qualità degli alimenti, e, in forma *mediata*, la salute dei consumatori.

Il riferimento alla tutela della salute pubblica è tra l'altro esplicito nell'impianto della legge del 1962. L'art. 1 evidenzia in maniera inequivoca come l'interesse primario protetto sia appunto la salute dei consumatori, obiettivo perseguito attraverso lo strumento della garanzia di alimenti e bevande sicuri dal punto di vista igienico⁸¹.

Considerata la rilevanza del bene salute, il legislatore del 1962, in una evidente logica *preventivo-cautelare*, presta immediata attenzione all'igiene, o meglio alle condizioni igieniche di produzione e commercializzazione delle sostanze alimentari. Dove manca l'igiene può non esserci pericolo immediato e diretto per il bene della salute, ma finendo per essere compromessa la *sicurezza alimentare* «si possono creare le condizioni favorevoli all'insorgenza di quel pericolo»⁸². In una tale logica *cautelare*, si dà autonomo rilievo penale a condotte che ledono l'igiene, l'integrità e la genuinità degli alimenti, al fine di evitare di *esporre a rischio* la salute dei consumatori.

D'altra parte, è ormai acquisito, da parte della scienza, in maniera consolidata, che igiene degli alimenti e salute stanno in un rapporto di stretta interdipendenza. Anche a livello legislativo, si è evidenziato come la salvaguardia della salute dipenda, tra l'altro, dall'igiene degli alimenti e delle bevande⁸³. L'interrelazione fra igiene e salute pubblica è esplicitato anche nel Reg. (CE) n. 852/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 sull'igiene dei prodotti alimentari. In particolare, l'art. 15 richiama espressamente «la salute pubblica», laddove prevede che la Commissione consulti l'Autorità europea per la sicurezza alimentare su ogni questione inerente all'igiene degli alimenti «che potrebbe avere un impatto significativo sulla salute pubblica»⁸⁴.

Nella società moderna, la soglia del *pericolo* non coincide affatto con la soglia del *rischio*⁸⁵. Quest'ultima si colloca in un ambito prodromico (spesso assai prodromico) rispetto al pericolo. Infatti, «il rischio rappresenta una situazione in potenziale evoluzione verso il pericolo, in presenza di fattori determinati, sui quali occorre intervenire

80. BRICOLA, *Tipologia delle frodi nella normativa penale sugli alimenti*, in *Problemi penali in tema di frodi alimentari*, Milano, 1971, 93-94, ora in BRICOLA, *Scritti di diritto penale*, vol. II, tomo I, Milano, 1997, 2435-2436, che individua il bene tutelato «nella normalità e regolarità del trattamento di sostanze alimentari destinate ad essere poste in commercio»; PETRINI, *Reati di pericolo e tutela della salute dei consumatori*, cit., 123-137, che considerando quale oggetto di tutela immediato ed autonomo l'igiene e la genuinità degli alimenti, e come interessi indiretti la salute pubblica e la correttezza commerciale, ritiene che le ipotesi contravvenzionali di cui all'art. 5 cit. siano reati a pericolosità concreta implicita; PIERGALLINI, *Depenalizzazione e riforma*, cit., 1453, 1456; CUSTODERO, *Rilievi in ordine alla tutela penale della salute pubblica*, cit., 73 ss.; CASTRONUOVO, *Sicurezza alimentare*, cit., 31; PACILEO, *Alimenti e bevande*, cit., 6.

81. L'art. 1 della l. n. 283/1962 esordisce così: «Sono soggette a vigilanza per la tutela della *pubblica salute* [...]». Lo stesso Regolamento di esecuzione della suddetta legge (art. 2 D.P.R. 26 marzo 1980, n. 327) ribadisce che l'interesse primario di riferimento è la salute pubblica. Sul punto cfr. MADEO, *Alimenti e bevande*, cit. 17.

Merita precisare che la salute non è l'unico degli interessi protetti dalle disposizioni della legge del 1962. Fra questi si possono menzionare, ad un livello inferiore di tutela e per certi versi strumentale all'interesse primario, la corretta informazione dei consumatori, la lealtà commerciale, nonché ulteriori profili attinenti all'economia pubblica: cfr. PACILEO, *Alimenti e bevande*, cit., 7, con ulteriori richiami; ID., *Reati alimentari*, cit., 43; GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, tomo II, cit., 450 s., con ulteriori richiami.

82. PACILEO, *Alimenti e bevande*, cit., 6.

83. Si fa riferimento all'art. 2, comma 1, n. 6, della legge 23 dicembre 1978, n. 833, legge istitutiva del servizio sanitario nazionale, laddove espressamente prevede che il conseguimento delle finalità di cui all'art. 1 (tutela della salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività) è assicurato, tra l'altro, mediante «l'igiene degli alimenti, delle bevande, dei prodotti e avanzi di origine animale per le implicazioni che attengono alla salute dell'uomo [...]».

Sull'intreccio tra igiene alimentare e salute, v. ad. es. PACILEO, *Il diritto degli alimenti*, cit., 38 ss.

84. Secondo l'art. 2 del Reg. (CE) n. 852/2004, per «igiene degli alimenti» s'intendono «le misure e le condizioni necessarie per controllare i pericoli e garantire l'idoneità al consumo umano di un prodotto alimentare tenendo conto dell'uso previsto».

85. PADOVANI, *L'avvenire della legislazione sulle frodi agrarie*, cit., 23.

per scongiurare il verificarsi stesso del pericolo»⁸⁶. Le istanze di prevenzione della società moderna mirano a delimitare la possibilità che sorgano pericoli; non sono rivolte semplicemente ad evitare che i pericoli mutino in danni⁸⁷.

L'impianto generale della disciplina penale alimentare rientra perfettamente in tale paradigma preventivo. Abbiamo visto, infatti, come a tutela della salute siano previsti «molteplici moduli di tutela penale», i quali si differenziano per la «rispettiva portata preventiva, per il grado di anticipazione della soglia di punibilità, per i parametri di valutazione e per le coordinate teleologiche». In particolare, sta emergendo come la «varietà di modulazione» *preventiva* dipenda dal modo in cui sia considerato il bene della salute, se come referente immediato della tutela penale, oppure come bene finale, mediato dalla considerazione di beni-interessi intermedi o strumentali⁸⁸.

Se le fattispecie del codice penale guardano al *pericolo*, il modello di tutela di cui agli artt. 5 e 6 della legge n. 283/1962 è agganciato al concetto di *rischio*⁸⁹.

A ben vedere, come già anticipato fin dall'inizio di questo lavoro, le istanze di tutela della salute spingono il legislatore oltre, prevedendo vere e proprie discipline basate sul *principio di precauzione*. Si pensi ad alcune fattispecie previste nella legge n. 283/1962 costruite sul principio della «lista positiva» o sul superamento dei limiti-soglia o ancora alla disciplina degli organismi geneticamente modificati (OGM).

Sia la logica della prevenzione che quella della precauzione ricorrono al concetto di rischio, inteso quale potenziale offensivo⁹⁰. A tal proposito è però doverosa una precisazione. Come evocato alla fine del paragrafo secondo, se la più sperimentata logica della *prevenzione* mira alla eliminazione o quantomeno alla riduzione dei *rischi nominalmente noti*, «quindi dagli effetti prevenibili in quanto prevedibili», la più innovativa logica della *precauzione* si interessa di *rischi ignoti* che allo stato delle conoscenze nomologiche non possono ragionevolmente escludersi. «Mentre nella logica della prevenzione l'incertezza deriva da una limitatezza cognitiva di ordine «fattuale», la precauzione, invece, si caratterizza per un'incertezza cognitiva derivante dall'incompletezza dei dati di natura «nomologica» allo stato disponibili»⁹¹. In altre parole, l'incertezza esclusivamente fattuale tipica della logica preventiva – si pensi ai reati di pericolo astratto – riguarda, possiamo dire, il realizzarsi in concreto dei fattori e delle circostanze che possono cagionare un danno (limite predittivo apprezzabile *ex ante*), ma non le evidenze scientifiche che fanno considerare una data condotta come *tipicamente* pericolosa. La struttura teleologica dei reati di pericolo astratto o presunto rimanda pur sempre alla disponibilità di leggi scientifiche o regole di esperienza corroborate. Viceversa, nelle logiche precauzionali emergono situazioni caratterizzate (*ex ante* ed *ex post*) da un'incertezza anche nomologica sul verificarsi di effetti avversi per il bene giuridico oggetto di tutela. Emerge, così, con riferimento a quest'ultimo paradigma di tutela, come tra l'altro sottolineato dall'art. 7 Reg. (CE) n. 178/2002, il tendenziale carattere «provvisorio» e «dinamico» delle discipline basate sulla precauzione: eventuali e nuove evidenze scientifiche potrebbero confermare o smentire l'ipotesi di rischio «avanzata» inizialmente⁹².

86. PADOVANI, *op. ult. cit.*, 23-24.

87. PADOVANI, *op. ult. cit.*, 24. Cfr. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, cit., 23; G.A. DE FRANCESCO, *Dinamiche del rischio e modelli d'incriminazione*, cit., 10 ss., 14 ss. Sulla differenziazione fra rischio e pericolo, rimandiamo *supra* nota 41.

88. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, tomo II, cit., 100.

89. Cfr. GARGANI, *op. ult. cit.*, 136, 282 s., il quale, in relazione alla tutela della salute, evidenzia come il concetto di rischio emerga quale «referente» di discipline mirate «a prevenire l'insorgere di interazioni non ancora suscettibili di evolvere in modo certo e lineare verso l'offesa, ma che si prestano ad essere attivate ed orientate in senso pericoloso, sia pure nel concorso di ulteriori fattori. In questo senso, il rischio evoca una «rete causale», un complesso di fattori contestuali, che fungono da presupposti per l'innescio di possibili dinamiche causali».

90. GARGANI, *op. ult. cit.*, 148. Cfr. pure L. MARINI, *Il principio di precauzione*, cit., 72, nota 73, nonché 8, nota 20.

91. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., 26-27. Sulla distinzione fra precauzione e prevenzione, si veda GARGANI, *op. ult. cit.*, 147 ss.; L. MARINI, *op. ult. cit.*, 72, nota 73; DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, 2005, 179.

92. Cfr. *Comunicazione della Commissione sul principio di precauzione*, cit., § 6.3.5. V. pure CASTRONUOVO, *op. ult. cit.*, 27; GARGANI, *op. ult. cit.*, 148, il quale evidenzia come nelle logiche precauzionali assuma rilievo la «gestione di sospetti o di incertezze» sulla pericolosità di determinati prodotti (rischi ignoti), «che richiedono interventi ultraprudenziali», ossia la predisposizione di regole cautelative dal carattere *provvisorio*, in attesa di studi scientifici in grado di confermare i sospetti circa la pericolosità di determinate sostanze o prodotti. L'A. chiude la sua riflessione sostenendo che «[s]iamo di fronte

In conclusione, se i reati di pericolo presunto o astratto possiedono una base eziologica che, seppur *potenziale*, è pur sempre fondata su leggi scientifiche o su regole di esperienza oppure sull'*id quod plerumque accidit*, nel caso del principio di precauzione emerge una base epistemologica «rovesciata»⁹³, nel senso che viene punita una condotta di cui, secondo le conoscenze allo stato disponibili, «non è predicabile la innocuità (con una presunzione di pericolosità o di non-sicurezza)»⁹⁴. Ecco perché gli illeciti fondati su logiche precauzionali, strutturati su un rischio solamente ipotizzabile (rischio ignoto), si collocano su un piano di tutela marcatamente più anticipato rispetto al modello del pericolo astratto o presunto. Come già accennato alla fine del paragrafo primo, la categoria degli illeciti «precauzionali» è «prossima» al modello dei reati di *mera disobbedienza*, si pensi appunto alle fattispecie costruite sul superamento di limiti-soglia o a quelle strutturate sull'inosservanza di regolamenti e provvedimenti amministrativi o di procedure di autorizzazione, oppure sull'inosservanza di ordini o ingiunzioni e obblighi di fare (ad es. di comunicazione, di richiamo o di ritiro di prodotti), modelli riconducibili sul piano teorico al paradigma della *tutela di funzioni* di agenzie pubbliche⁹⁵.

4.1

L'ATTEGGIARSI DEL PARADIGMA
PREVENTIVO NELLE
CONTRAVVENZIONI DI CUI AGLI
ARTT. 5 E 6 DELLA LEGGE N. 283
DEL 1962

Nel paragrafo precedente, abbiamo sostanzialmente visto come il legislatore, attraverso una tipizzazione basata su una *progressione offensiva* a struttura *scalare*, giunga ad una retrocessione della tutela penale della salute, passando tendenzialmente dal 'pericolo' (fattispecie del c.p.) al 'rischio' (fattispecie contravvenzionali), e quindi, nei termini sopra esposti, dal *pericolo concreto* al *pericolo astratto*. Le fattispecie dell'art. 5 della legge n. 283/1962 sono rivolte ad evitare di *esporre a rischio* la salute, avendo come *focus* immediato la sicurezza e qualità degli alimenti.

Ad esempio, in termini generali, quando il legislatore disciplina gli additivi (v. art. 5, lett. g, legge cit.) lo fa in funzione di un rischio, non di un pericolo per la salute. Infatti, l'additivo di per sé potrebbe non essere pericoloso per la salute, ma potrebbe essere un fattore di rischio in determinate condizioni (ad esempio, se assunto per molto tempo o ad un certo livello di assorbimento o se combinato con altre sostanze). In una tale disciplina – è stato autorevolmente sottolineato – il legislatore «deve badare non al pericolo per la salute, perché se così facesse lascerebbe aperti varchi estremamente inquietanti, ma deve badare a *soglie di rischio scientificamente fondate*, in funzione delle quali disciplinare l'attività di cui si tratta. Si esprime perciò un'esigenza di retrocessione della tutela che il codice penale non può soddisfare»⁹⁶.

Stessa cosa vale quando il legislatore disciplina la *genuinità* degli alimenti (v. lett. a dell'art. 5 cit.), l'*igiene*, l'*integrità* e, in generale, la *sicurezza* degli stessi (lett. b, c, d e h dell'art. 5 cit.).

Si tratta di manifestazioni dell'anticipazione della tutela in chiave evidentemente *preventiva*.

La stessa lett. a) dell'art. 5 – che tipizza una contravvenzione basata sul divieto di impiegare nella preparazione, vendere, detenere per vendere o comunque distribuire per il consumo sostanze alimentari «private anche in parte dei propri elementi nutritivi o mescolate a sostanze di qualità inferiore o comunque trattate in modo da variarne la composizione

a decisioni politiche circa il livello di rischio tollerabile e non già ad un vero e proprio modello preventivo» (ID., *op. loc. ult. cit.*). Sulla *provvisoria* delle misure basate sul principio di precauzione, cfr. SOLLINI, *Il principio di precauzione nella disciplina comunitaria della sicurezza alimentare*, cit., 21 ss.

93. L'espressione è di DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., 120 e viene ripresa, fra gli altri, da CASTRONUOVO, *op. ult. cit.*, 49.

94. CASTRONUOVO, *op. ult. cit.*, 48-49.

95. Per i necessari riferimenti sulla c.d. *tutela di funzioni*, cfr., fra gli altri, seppur in vario senso, PADOVANI, *Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo*, in *Cass. pen.*, 1987, 672 ss.; MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 343 ss.; GIUNTA, *Il diritto penale dell'ambiente in Italia: tutela di beni o tutela di funzioni?*, ivi, 1997, 1097, in part. 1109 ss.; VALLINI, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Torino, 2003, 95 ss., 162 ss.; MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, 95 ss.; PADOVANI-STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, 2006, 79-80.

96. PADOVANI, *L'avvenire della legislazione*, cit., 24, corsivo aggiunto.

naturale»⁹⁷ – pur se è votata, principalmente, alla tutela degli interessi commerciali del consumatore, non è per niente estranea alla tutela della salute in un'ottica preventiva, specie se si privilegia una nozione di salute “in positivo”⁹⁸. Infatti, l'assunzione di sostanze alimentari private dei propri elementi nutritivi o mescolate a sostanze di qualità inferiore o comunque trattate in modo da modificarne la composizione naturale è potenzialmente in grado di interferire negativamente con il benessere del consumatore. Ciò è ben evidente, soprattutto, con riferimento a quegli alimenti che possono contenere allergeni.

Anche la lett. b) dell'art. cit. rientra perfettamente nel paradigma preventivo sopra menzionato⁹⁹.

Come noto, tale disposizione pone il divieto di impiegare nella preparazione, vendere, detenere per vendere o comunque distribuire per il consumo sostanze alimentari «in cattivo stato di conservazione». Anzi, secondo l'interpretazione maggioritaria della norma fornita da dottrina e giurisprudenza, si verrebbe a collocare in un'ottica di tutela anticipata rispetto alle altre ipotesi dell'art. 5 e segnatamente a quelle tipizzate nella lett. a), c) e d), le quali, nell'arco che va dalla privazione degli elementi nutritivi all'alterazione degli alimenti, abbracciano tutti gli aspetti oggettivamente rilevabili di degenerazione delle caratteristiche intrinseche dei prodotti alimentari¹⁰⁰. Infatti, lo «stato di conservazione» viene inteso non come elemento attinente all'*intrinsecità* dell'alimento, da accerarsi nei suoi aspetti degenerativi, bensì come elemento inerente alle condizioni esteriori del prodotto o meglio alle sue *modalità* di conservazione¹⁰¹. In altri termini, il «cattivo stato di conservazione» non rappresenta uno stato fisio-chimico dell'alimento. Si tratta di un'espressione che, seppure nella sua improprietà lessicale, vuole fare riferimento alle condizioni esterne di conservazione del prodotto alimentare. Ne consegue che per ritenere integrata la contravvenzione è sufficiente che il prodotto alimentare sia destinato al consumo in condizioni che ne mettano in pericolo l'igiene e la commestibilità, senza che rilevi una effettiva compromissione dello stesso¹⁰². Così intesa la fattispecie mira a

97. Per un primo inquadramento della fattispecie, v. ad es. MADEO, *Alimenti e bevande*, cit., 20 ss.; GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, tomo II, cit., 466 ss.

In sostanza, rileva la variazione della composizione naturale degli alimenti, che ne comporta la loro non *genuinità*. Sulla nozione di genuinità, in particolare sulla contrapposizione tra la categoria della genuinità *naturale* e quella della genuinità *formale o legale*, v. PACILEO, *op. ult. cit.*, 11; CORRERA, *Tutela igienico-sanitaria*, cit., 8 ss., 95 ss.

98. V. *supra* nota 71.

99. Per un primo inquadramento della fattispecie, v. ad es. MADEO, *op. ult. cit.*, 22 ss.; ID., *La tutela penale della salute dei consumatori*, cit., 179 ss., 181 ss.; PICA, voce *Illeciti alimentari*, cit., 477 ss.; GARGANI, *op. ult. cit.*, 469 ss., con ulteriori richiami.

100. Ad es., v. Cass., sez. un., 27.9.1995 (dep. 4.1.1996), n. 1, rv. 203095; Cass., sez. III, 23.3.1998 (dep. 12.5.1998), n. 5528, rv. 210747; più di recente, fra le altre, Cass., sez. III, 7.7.2011 (dep. 11.11.2011), n. 41074, rv. 251298, in termini espliciti nella parte motiva. In dottrina, per tutti, cfr. PACILEO, *op. ult. cit.*, 14, con ulteriori richiami; ID., *Il diritto degli alimenti*, cit., 55 s.; MADEO, *op. ult. cit.*, 23.

È opportuno menzionare Cass., sez. un., 19.12.2001 (dep. 9.1.2002), n. 443, rv. 220717, la quale pur condividendo l'impianto generale di Cass., sez. un., 27.9.1995, n. 1, cit., afferma testualmente: «non pare tuttavia che la definizione della natura di reato di pericolo presunto data alla contravvenzione sia obbligata. Se alla norma in esame si riconosce il compito di tutelare l'*ethos* del consumatore, assicurando una protezione anche a quella sfera di tranquillità che ritrae dalla sicurezza che il prodotto sia giunto al consumo con le cure igieniche imposte dalla sua natura, il reato che essa reprime è un reato di danno. E non v'ha dubbio che il legislatore può porsi tra i suoi fini anche quelli di benessere e che una *ratio legis* del genere di quella delineata non solo non eccede dall'ordinaria ragionevolezza, ma integra un elemento di fondazione di un "ordine alimentare", limite alla iniziativa economica privata, che si riallaccia all'utilità sociale. Ne discende, quale primo corollario, che sarebbe errato supporre una progressione criminosa tra la lettera b e le altre lettere dell'articolo 5: si tratta di fatti autonomi per i quali è ipotizzabile un concorso formale, così come è avvenuto nella specie che ha originato la presente decisione» (§§ 8 e 9 della parte motiva). Fare riferimento alla tutela dell'*ethos* del consumatore quale *autonomo* bene giuridico, trasformando di fatto la fattispecie da reato di pericolo presunto a reato di danno, ci pare un'operazione per nulla condivisibile. Infatti, tale opzione ermeneutica volatilizza troppo l'oggetto giuridico della contravvenzione, finendo per sanzionare fatti lesivi della sfera (soggettiva) di tranquillità dei consumatori di cibo: sul punto, in senso critico, anche VALENTINI, *Marktradicalismus addio?*, cit., 340-341. V. pure *infra* nota 103. Le decisioni successive alla pronuncia delle Sezioni unite del 2001 hanno, comunque, continuato a prediligere l'impostazione classica secondo la quale la lett. b) dell'art. 5 è da considerarsi un reato di pericolo presunto a tutela della salute.

101. In senso opposto si sono espresse Cass., sez. III, 27.11.1996 (dep. 20.1.1997), n. 4047, rv. 206628 e Cass., sez. III, 11.12.1995 (dep. 17.1.1996), n. 509, rv. 203448.

102. Cass., sez. un., 19.12.2001 (dep. 9.1.2002), n. 443, rv. 220716; Cass., sez. un., 27.9.1995 (dep. 4.1.1996), n. 1, rv. 203094; Cass., sez. III, 21.4.2004 (dep. 10.6.2004), n. 26108, rv. 228887; più di recente, fra le altre, Cass., sez. III, 11.3.2010 (dep. 20.4.2010), n. 15094, rv. 246970; Cass., sez. III, 28.6.2007 (dep. 21.9.2007), n. 35234, rv. 237519.

Si è sottolineato che laddove si richiedesse, ai fini dell'integrazione del reato, un'effettiva alterazione o degenerazione del prodotto alimentare non rimarrebbe alcuno spazio operativo della lett. b), visto che ciascun caso del genere integrerebbe una delle fattispecie di cui alla lett. a), c) o d) dell'art. 5. Si veda,

prevenire la possibile lesione dell'igiene degli alimenti, in particolare si vuole evitare il pericolo di una loro contaminazione o alterazione, in una assai "avanzata" logica preventiva: in altri termini, in un siffatto caso, si vuole evitare di *esporre a rischio* l'igiene¹⁰³.

Anche la lett. d) rientra nel paradigma cautelare-preventivo finora ricostruito. Come noto, essa vieta l'impiego nella preparazione, la vendita, la detenzione per la vendita o comunque la distribuzione per il consumo di sostanze alimentari «insudiciate, invase da parassiti, in stato di alterazione o comunque nocive, ovvero sottoposte a lavorazioni o trattamenti diretti a mascherare un preesistente stato di alterazione».

Precisiamo fin da subito che l'ipotesi del trattamento volto a mascherare un preesistente stato di alterazione si pone su un piano differente rispetto alle altre: si caratterizza per un «tratto di frode» che la allontana dall'oggettività giuridica delle altre figure¹⁰⁴.

Posta tale precisazione, possiamo dire che anche in questo caso il referente oggettivo della tutela è rinvenibile nell'*igiene, integrità e purezza* degli alimenti, ma, come meglio vedremo nel prosieguo, tale oggettività giuridica, sempre strumentale alla tutela della salute, emerge in termini offensivi più pregnanti rispetto alla lett. b). Le previsioni di cui alla lett. d) dell'art. 5 mirano ad evitare un *rischio* "più concreto" per la salute sia rispetto alla ipotesi di cui alla lett. a) che a quella di cui alla lett. b). Ciò è assai evidente in rapporto all'ipotesi di cui alla lett. b), soprattutto se lo stato di conservazione viene inteso, così come fa la giurisprudenza consolidata, quale elemento tutto inerente alle condizioni *esteriori* del prodotto o meglio alle sue modalità di conservazione. A tal proposito, non è un caso che la lett. d), insieme alla previsione di cui alla lett. h), sia punita più gravemente nel minimo edittale rispetto alle altre sempre previste dalla l. 283/1962.

Emerge nella disposizione adesso in esame una sorta di *progressione offensiva ascendente o incrementale*, che va dalle «sostanze alimentari insudiciate», ipotesi con un *focus* offensivo meno pregnante, a quelle «comunque nocive», passando per quelle «invase da parassiti» e «in stato di alterazione»¹⁰⁵. L'ipotesi delle sostanze alimentari «comunque nocive», da ritenersi fattispecie non riassuntiva delle precedenti, bensì fattispecie autonoma con funzione di chiusura, rappresenta, all'interno del quadro preventivo predisposto dal legislatore con gli artt. 5 e 6 della legge n. 283 del 1962, nei termini che preciseremo, l'ipotesi "più prossima" alla tutela della salute¹⁰⁶.

Procedendo con ordine, affronteremo prima l'ipotesi dell'insudiciamento. Per la giurisprudenza, una sostanza alimentare è insudiciata quando «contenga, internamente o esternamente, corpi estranei che ne alterino la purezza ed igienicità»¹⁰⁷. Più di recente, la nozione di insudiciamento è stata intesa «come presenza sull'alimento di corpi estra-

sul punto, Cass., sez. un., 27.9.1995, cit.

Richiede che le modalità di conservazione siano in concreto idonee a creare un pericolo per l'igiene dell'alimento: Cass., sez. III, 9.1.2007 (dep. 13.4.2007), n. 15049, rv. 236322, che sottolinea come il cattivo stato di conservazione debba essere oggetto di prova diretta e certa: è, pertanto, necessario accertare se le concrete modalità di conservazione del prodotto siano realmente idonee a determinare un pericolo di alterazione del prodotto. Diversamente – sottolinea la Corte – la condanna si baserebbe sulla presunzione di una presunzione. Nello stesso senso, più di recente, v. Cass., sez. III, 4.11.2011 (dep. 11.1.2012), n. 439, rv. 251630, e in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2012, 606.

103. Come abbiamo visto *supra* nota 100, la Cassazione, in una decisione rimasta pressoché isolata (Cass., sez. un., 19.12.2001, n. 443, cit.), in maniera non condivisibile, si è spinta oltre, ritenendo che la fattispecie tuteli «l'*ethos* del consumatore, assicurando una protezione anche a quella *sfera di tranquillità* che ritrae dalla sicurezza che il prodotto sia giunto al consumo con le cure igieniche imposte dalla sua natura» (corsivi aggiunti). Così intesa la fattispecie finirebbe sostanzialmente per tutelare un sentimento, con tutte le implicazioni che una tale scelta di incriminazione può comportare sul piano della legittimazione dell'intervento penale a protezione di beni giuridici "emozionalmente" pregnanti o di consistenza così "volatile". Sulla c.d. tutela penale dei sentimenti, per tutti, DONINI, "Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offence" di Joel Feinberg, in CADOPPI, a cura di, *Laicità, valori e diritto penale*. The Moral Limits of the Criminal Law, Milano, 2010, 41, in part. 79 ss., 97 ss.; v. pure BACCO, *Sentimenti e tutela penale: alla ricerca di una dimensione liberale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1165 ss.

104. Cfr. PACILEO, *Alimenti e bevande*, cit., 17, che giustamente la considera dal punto di vista sostanziale una disposizione «inutile», considerato che già è reato lo stato di alterazione di un alimento.

105. Cfr. CORRERA, *op. ult. cit.*, 99, che sottolinea il «crescendo di previsione della disposizione»; MADEO, *op. ult. cit.*, 27; GARGANI, *op. ult. cit.*, 478.

106. Cfr. MADEO, *op. ult. cit.*, 29; PACILEO, *op. ult. cit.*, 17. Merita menzionare, quale ipotesi più "concretamente" *strumentale* alla tutela della salute, la c.d. frode tossica contemplata dall'art. 6 della legge n. 283/1962, su cui si veda PACILEO, *Alimenti e bevande*, cit., 21 ss. Sulla distinzione fra il concetto di tossicità e quello di nocività, v. PICA, voce *Illeciti alimentari*, cit., 485 ss.

107. Cass., sez. VI, 14.12.1967 (dep. 13.2.1968), n. 1924, rv. 106783; Cass., sez. VI, 30.5.1972 (dep. 23.11.1972), n. 7783, rv. 122420.

nei idonei ad alterarne la purezza o l'igienicità»¹⁰⁸. Sono corpi estranei tutto ciò che non costituisce parte della composizione naturale o legale del prodotto alimentare¹⁰⁹. Per l'integrazione della contravvenzione *de qua* non è richiesto un livello di insudiciamento tale da rendere l'alimento nocivo¹¹⁰, è sufficiente che il prodotto alimentare si presenti oggettivamente insudiciato: tale circostanza non può essere desunta dalle condizioni di conservazione¹¹¹. In una chiara ottica preventiva, la pericolosità per la salute del prodotto alimentare insudiciato è già stata fatta oggetto di valutazione da parte del legislatore, nel senso che l'alterazione della purezza e dell'igiene della sostanza alimentare, che connota lo stato di insudiciamento, viene considerata dallo stesso una circostanza intrinsecamente pericolosa per la salute, e pertanto, viene autonomamente punita.

Quanto alla seconda ipotesi della lett. d), non si pongono particolari questioni interpretative. Per invasione da parassiti s'intende l'infestazione dell'alimento da parte di insetti¹¹², larve¹¹³, etc. Volendo attribuire pregnanza all'espressione «invasa», si richiede, ai fini di una sua integrazione, la presenza di un certo numero di parassiti¹¹⁴. Al pari dell'insudiciamento, tale ipotesi comporta una mancanza di igiene e purezza dell'alimento che è prodromica all'alterazione dello stesso. Il legislatore, pertanto, li considera intrinsecamente pericolosi per la salute.

Ai fini dell'inquadramento della successiva ipotesi, ossia lo stato di alterazione, è sufficiente evidenziare il significato di alimento «alterato». Una sostanza alimentare assume tale caratterizzazione quando «a seguito di un processo di degenerazione «spontaneo» [...] si presenti guasta, deteriorata o comunque non conforme alla sua normale condizione o composizione»¹¹⁵. Anche in questo caso siamo dinanzi ad una ipotesi di reato di pericolo presunto.

Quarta ipotesi prevista dalla lett. d) è, come anticipato, quella delle sostanze alimentari «comunque nocive».

È utile precisare in che termini sia da intendere la «nocività» espressa nella lett. d).

A tal fine, è opportuno ricordare che il legislatore alimentare fa uso dell'espressione in questione in maniera poco misurata, a volte con «promiscuità lessicali» in una stessa disposizione, si pensi, come esempio più noto, all'art. 444 c.p., che seppure in rubrica rechi l'espressione di sostanze alimentari «nocive», nel precetto non utilizza più tale aggettivazione per adoperare quella di «pericolose» alla salute pubblica. La dottrina dominante, correttamente, non assimila le due nozioni. Si tratta in effetti di due nozioni non equivalenti. Se, infatti, la nocività richiama l'idea di una certezza di un danno, quella di pericolosità evoca l'idea di una probabilità di un danno per la salute del consumatore. Il campo applicativo del concetto di prodotto alimentare pericoloso è più ampio di quello di prodotto alimentare nocivo¹¹⁶.

Parte della dottrina ricostruisce il concetto come sinonimo di danno¹¹⁷. Diversa dottrina

108. Cass., sez. III, 15.6.2000 (dep. 6.9.2000), n. 9449, rv. 217578, corsivo aggiunto; nello stesso senso Cass., sez. III, 22.6.2010 (dep. 5.10.2010), n. 35708, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2011, 426 ss., con nostra nota di commento.

109. MADEO, *Alimenti e bevande*, cit., 27; PICA, voce *Illeciti alimentari*, cit., 483.

110. Cass., sez. VI, 6.7.1983 (dep. 12.11.1983), n. 9549, rv. 161159; Cass., sez. VI, 3.2.1970 (dep. 31.3.1970), n. 238, rv. 114399; in dottrina, per tutti, PACILEO, *Reati alimentari*, cit., 62-63; ID., *Il diritto degli alimenti*, cit., 87; in senso contrario: Pret. Ascoli Piceno, 23.3.1993, in *Foro it.*, 1994, n. 2, II, 127-128.

111. Cass., sez. III, 6.9.2000, cit.; Cass., sez. III, 15.4.2003 (dep. 6.6.2003), n. 24799, rv. 225315, e in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, 1360; Cass., sez. III, 4.4.2007 (dep. 22.5.2007), n. 19710, rv. 236746.

112. Cfr. Cass., sez. III, 23.10.2008 (dep. 9.1.2009), n. 391, rv. 242174, fattispecie di vendita di cereali invasi da coleotteri.

113. Nella casistica si rinvencono nel numero più casi di sostanze alimentari invase da larve, cfr., ad es., Cass., sez. III, 2.2.2011 (dep. 25.3.2011), n. 11998, rv. 249657, fattispecie di detenzione per la vendita di funghi porcini invasi da larve vitali di parassiti; Cass., sez. III, 3.12.2008 (dep. 20.1.2009), n. 2121, rv. 242274, fattispecie di vendita di code di rospo invase da larve di *anisakis*; Cass., sez. III, 8.4.2008 (dep. 3.6.2008), n. 22112, rv. 240045, fattispecie di vendita di una testina d'agnello invasa da larve di *oestus ovis*.

114. CORRERA, *op. ult. cit.*, 100. In dottrina non manca chi ritenga che la presenza anche di un singolo insetto possa configurare l'ipotesi dell'invasione da parassiti, escludendo che l'espressione «invasa da parassiti» sia stata utilizzata in senso pregnante. Ad ogni modo, contestualmente, si sottolinea che la presenza di uno o pochi insetti configuri quantomeno un insudiciamento del prodotto alimentare (V. PACILEO, *Il diritto degli alimenti*, cit., 89-90).

115. Così CORRERA, *op. ult. cit.*, 100; MADEO, *op. ult. cit.*, 28.

116. CORRERA, *op. ult. cit.*, 10 ss.; cfr. PACILEO, *op. ult. cit.*, 18.

117. CORRERA, *op. ult. cit.*, 101, il quale sostiene che nel caso delle sostanze alimentari «comunque nocive» si richiede l'accertamento concreto, caso per caso, dell'effettiva idoneità a nuocere dell'alimento. La giurisprudenza consolidata, da parte sua, ritiene che sono «comunque nocive» le sostanze alimentari che possono arrecare concreto pericolo alla salute dei consumatori: v. ad es. Cass., sez. III, 26.11.2003 (dep. 20.1.2004), n. 976, rv. 227840; Cass., sez. III,

ritiene che tale ricostruzione, se in termini generali può risultare corretta, non può essere accolta nell'ambito specifico dell'art. 5 lett. d), per una motivazione d'ordine sistematico. Infatti, se anche in quest'ultimo caso si «alludesse alla concreta dannosità dell'alimento», ne conseguirebbe un «insanabile conflitto» con la disposizione di cui all'art. 444 c.p.¹¹⁸. Come è stato evidenziato, equiparare la nocività alla dannosità è una opzione non praticabile, considerato che si giungerebbe alla conseguenza, irragionevole sul piano del rapporto fra norme, che la *contravvenzione* di cui alla lett. d) individui l'ipotesi più grave, quella della dannosità, e il *delitto* di cui all'art. 444 c.p. quella meno grave della pericolosità¹¹⁹.

Non manca chi abbia sostenuto che il concetto di nocività presente nella contravvenzione di cui alla lett. d) dell'art. 5 sia sinonimo di *pericolosità*, con la conseguenza di ritenere tacitamente abrogata l'ipotesi contravvenzionale¹²⁰. Comunemente, infatti, si ritiene che l'ipotesi di cui all'art. 5 lett. d) sia sussidiaria rispetto al delitto previsto dall'art. 444 c.p., dal quale viene assorbita allorché l'alimento abbia «reale attitudine a recare nocumento alla salute pubblica»¹²¹.

Per ovviare a tale contraddizione, si è considerata una nozione peculiare di «nocività» all'interno dell'impianto della legge del 1962. Vista la «promiscuità lessicale» con cui il legislatore adopera il termine nell'ambito alimentare¹²², talvolta abbinato ad altri che non evocano per niente una dannosità dell'alimento bensì una sua inadeguatezza dal punto di vista igienico, considerato altresì che l'art. 5 individua, in generale, ipotesi di pericolo presunto o astratto, si è proposta una interpretazione che individua nella fattispecie in esame una ipotesi di nocività «legale» o «formale», ovvero una nocività presunta che ricorrerebbe «quando vengano superati limiti prudenziali di contaminazione (si pensi al mercurio) fissati dalla normazione secondaria»¹²³. In tal senso, la nocività espressa dall'ipotesi di cui alla lett. d) dell'art. 5 sarebbe una nocività di livello inferiore rispetto a quella prevista nei delitti contro la salute pubblica. Così intesa, la nocività consisterebbe in una pericolosità pur sempre determinata in via aprioristica dal legislatore sulla base di particolari parametri e valori¹²⁴.

La giurisprudenza consolidata, da parte sua, resta ferma nel considerare «comunque nocive» le sostanze alimentari che possono arrecare *concreto pericolo* alla salute dei consumatori¹²⁵.

4.2

**IL PARADIGMA PRECAUZIONALE
NELLE CONTRAVVENZIONI DI CUI
AGLI ARTT. 5
E 6 DELLA LEGGE N. 283 DEL
1962: PRINCIPIO DELLA «LISTA
POSITIVA» E
SUPERAMENTO DI LIMITI-SOGLIA**

A ben vedere, la logica cautelar-preventiva della «legge-quadro» sugli alimenti a tratti sfocia in vere e proprie discipline *precauzionali*.

La stessa disciplina degli additivi alimentari (art. 5 lett. g, legge cit.), menzionata al paragrafo precedente, e quella degli antiparassitari (lett. h dell'art. 5 cit.) sembrano rievocare in modo chiaro il principio di precauzione, attualmente contenuto a livello comunitario nell'art. 7 del Reg. (CE) n. 178/2002 e codificato, a livello generale, dall'art. 191 TFUE (ex art. 174 TCE)¹²⁶. Infatti, le discipline sugli additivi e sugli antiparassitari si basano sul principio (precauzionale) della «lista positiva», secondo il quale solo le

7.3.2000 (dep. 18.4.2000), n. 4743, rv. 215960.

118. PACILEO, *Il diritto degli alimenti*, cit., 93.

119. Cfr. ad es. MADEO, *op. ult. cit.*, 29.

120. PETRINI, *Reati di pericolo e tutela della salute*, cit., 75.

121. V. ad es. Cass., sez. I, 16.10.1996 (dep. 26.11.1996), n. 1367, rv. 207708.

122. Per rendersi conto dell'«esasperato» «polimorfismo lessicale» del legislatore alimentare è utile leggere PICA, voce *Illeciti alimentari*, cit., 460 ss.

123. PACILEO, *Alimenti e bevande*, cit., 18; ID., *Reati alimentari*, cit., 24.

124. PACILEO, *Il diritto degli alimenti*, cit., 94 s. Tale soluzione, seppur apprezzabile dal punto di vista teorico, assume dei contorni problematici laddove siano fissati limiti-soglia iper-precauzionali, che volatilizano il significato offensivo del comportamento non conforme. Sul punto, v. *infra* par. successivo.

Secondo GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, cit., 485, l'art. 444 c.p. e l'ipotesi in esame si distinguerebbero non tanto per la «dimensione di lesività della sostanza», quanto per il «livello di diffusività, il raggio di estensione del pericolo». V. *supra* nota 75.

125. Cass., sez. III, 26.11.2003, cit.; Cass., sez. III, 7.3.2000, cit.

126. Cfr. sul punto PACILEO, *Alimenti e bevande*, cit., 5; ID., *Il diritto degli alimenti*, cit., 102 ss. Sul principio di precauzione, v. *supra* par. 1, nota 29.

sostanze autorizzate possono essere utilizzate e solo nei limiti consentiti¹²⁷. Appositi decreti ministeriali individuano in una lista solo le sostanze (utilizzabili) su cui si siano formate fondate convinzioni scientifiche circa la loro innocuità. L'utilizzo delle sostanze non incluse nell'elenco, su cui verte uno stato d'*incertezza scientifica* circa la loro pericolosità, è pertanto vietato penalmente.

Come è stato affermato dalla Commissione Europea nella Comunicazione sul principio di precauzione del 2 febbraio 2000, il meccanismo dell'autorizzazione preventiva (elenco positivo) applicato su antiparassitari e additivi alimentari «costituisce già un modo di applicare il principio di precauzione spostando la responsabilità della produzione delle prove scientifiche». In sostanza, tramite tale meccanismo, il legislatore, a fini precauzionali, «prevede l'inversione dell'onere della prova, stabilendo che tali sostanze siano considerate come pericolose finché non sia dimostrato il contrario. Spetta quindi alle imprese realizzare i lavori scientifici necessari per la valutazione del rischio»¹²⁸.

In dottrina, con riferimento alla disciplina penale degli antiparassitari o fitofarmaci e degli additivi chimici, si è evidenziato che emergerebbe, comunque, un certo *quid* di «pericolosità-standard (anche se non necessariamente in concreto)»: le suddette sostanze sono presunte *a priori* pericolose in quanto appartenenti a «un certo *genus* di prodotti quasi sempre pericolosi», almeno a determinati dosaggi¹²⁹. L'incertezza scientifica non riguarderebbe la pericolosità del *genus*, ma i quantitativi che possono arrecare pregiudizio alla salute. Sotto tale versante, tale disciplina si collocherebbe nel solco del pericolo astratto almeno per quanto riguarda il *genus*. Ad ogni modo, in tali fattispecie il principio di precauzione subentra con maggiore incisività sotto il versante dei *limiti-soglia*.

Infatti, la stessa previsione di fattispecie penali strutturate sul superamento dei *limiti-soglia*, tra cui vi rientrano certamente quelle tipizzate alle lettere g) ed h) dell'art. 5 cit., è espressione del principio di precauzione¹³⁰. Nella logica precauzionale dei limiti soglia è pure riconducibile l'ipotesi, finora non menzionata, di cui alla lett. c) dell'art. 5, la quale come noto vieta l'impiego nella preparazione, la vendita, la detenzione per la vendita o comunque la distribuzione per il consumo di sostanze alimentari con cariche microbiche superiori ai limiti prefissati¹³¹.

L'intera materia dei limiti-soglia è strettamente legata al *principio di precauzione* poiché, in un'ottica di «*minimizzazione del rischio*», in assenza di dati scientifici certi, è sganciata dal sostrato empirico e viene a fondarsi «sulla previsione di *valori-limite iper-cautelativi*», il cui superamento comporta la comminazione della sanzione penale¹³². È opportuno specificare più nel dettaglio tale osservazione.

Normalmente i limiti-soglia sono fissati da agenzie regolamentatrici indipendenti,

127. Per un primo inquadramento, si veda PACILEO, *Il diritto degli alimenti*, cit., 102 ss., 120 ss.; MADEO, *op. ult. cit.*, 31. Entrambe le ipotesi sono comunemente considerate come reati di pericolo presunto. Il legislatore, con riferimento alla lett. g), vietando l'impiego di additivi non autorizzati o, se autorizzati, l'impiego degli stessi in maniera difforme dalle prescrizioni dei decreti ministeriali, ha aprioristicamente valutato tali condotte come pericolose per la salute, a prescindere da un accertamento concreto. Ciò al fine di retrocedere la tutela della salute dei consumatori. Sul punto, cfr. ad es. MADEO, *op. ult. cit.*, 31. Stessa cosa vale per l'ipotesi di cui alla lett. f). Infatti, la *ratio* della disposizione è quella di evitare situazioni tipicamente pericolose quale appunto la presenza negli alimenti di sostanze chimiche di cui sia stata accertata scientificamente la pericolosità o di cui non sia ancora provata scientificamente l'innocuità. Il riferimento, espresso nella norma, alla *tossicità* degli antiparassitari non deve essere inteso in senso pregnante (per tutti, v. MADEO, *op. ult. cit.*, 32). La qualificazione di *tossicità* di cui alla lett. f) non rientra infatti nella struttura del reato come elemento di cui sia richiesto l'accertamento in concreto. Infatti, pur nell'improprietà del termine adoperato dal legislatore, l'espressione vuole fare riferimento alla valutazione di rischio posta in essere a monte dai decreti ministeriali sulle sostanze di cui viene vietato in tutto o in parte l'impiego (cfr. PACILEO, *Alimenti e bevande*, cit., 20, con richiami di giurisprudenza). In senso diverso, altra dottrina ha ricondotto quest'ultima ipotesi nell'ambito della categoria dei reati di pericolo concreto, facendo leva sulla espressa previsione da parte della disposizione della *tossicità* degli antiparassitari (BRICOLA, *Tipologia delle frodi*, cit., 94; AZZALI, *Osservazioni in tema di frodi alimentari*, in *Problemi penali in tema di frodi alimentari*, cit., 40).

128. Comunicazione della Commissione sul principio di precauzione, Bruxelles, 2 febbraio 2000, cit., § 6.4. Sugli elementi caratterizzanti l'*incertezza scientifica*, cfr. Comunicazione della commissione, cit., § 5.1.3; v. pure *infra* nota 160.

129. DONINI, *Il volto attuale*, cit., 120-121, che comunque riconduce la disciplina sugli additivi e sugli antiparassitari nell'ambito del principio di precauzione.

130. Sul punto, v. per tutti, D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti soglia*, cit., 255 ss., in part. 265 ss., 315 ss.

131. Per un primo inquadramento della fattispecie di cui alla lett. c), v. ad es. MADEO, *op. ult. cit.*, 26 s.; PACILEO, *Alimenti e bevande*, cit., 16.

132. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti soglia*, cit., 266 ss.; ID., *Il diritto penale dei limiti-soglia e la tutela dai pericoli nel settore alimentare: il caso della diossina*, in *Scritti per Federico Stella*, cit., II, 1151 ss.

che in via preliminare effettuano una ricognizione degli studi scientifici, sia di tipo epidemiologico che sperimentale, disponibili sulla nocività di una determinata sostanza, sulla quale vi è un sospetto di pericolosità per la salute. Sulla base di tali studi, le agenzie individuano il livello di esposizione al quale non si osserva nessun effetto avverso conosciuto o previsto per la salute umana (c.d. livello NOAEL, *No Observable Adverse Effect Level*): ciò presuppone che siano noti gli effetti dannosi che l'assunzione di una data sostanza può cagionare alla salute. Tale livello viene, poi, cautelativamente, abbassato ad un limite notevolmente inferiore (spesso di decine di ordini di grandezza), tramite l'applicazione di un *fattore di sicurezza*, con la conseguente fissazione del limite-soglia¹³³.

Con specifico riferimento al settore alimentare viene definita anche la *soglia dei consumi*, ossia la dose giornaliera ammissibile o tollerabile (*Admissible Daily Intake*: ADI, suscettibile di essere assunta quotidianamente), considerata la concentrazione massima ammissibile delle sostanze tossiche presenti nel cibo. Anche l'ADI, che individua un livello di assunzione prolungata (in teoria per tutta la vita), è ricavato dal più basso livello di dose senza effetto avverso osservabile (NOAEL), il quale viene poi diviso per un fattore di sicurezza, per tenere conto delle difficoltà di estrapolare, dalla popolazione umana, dei risultati spesso ottenuti su limitati ed omogenei gruppi di cavie animali.

Bisogna tra l'altro considerare come l'individuazione dei limiti-soglia sia sempre espressione di un procedimento di *valutazione e stima* del rischio, il quale, come già accennato (*supra*, par. 1), è un procedimento in cui inevitabilmente finiscono per interagire *giudizi di valore*, soprattutto in contesti d'incertezza scientifica¹³⁴. L'intrinseca difficoltà della scienza a fornire postulati scientifici con gradi di certezza accettabile è maggiormente manifesta con riferimento ai quei settori, come l'epidemiologia, la tossicologia, e in generale la scienza della valutazione del rischio, che si ritrovano a lavorare con una pluralità di dati e con livelli elevati di formalizzazioni statistiche¹³⁵.

La scienza della valutazione del rischio deve fare i conti con alcune incertezze proprie dei meccanismi di misurazione del pericolo. Ad esempio, con riferimento alla epidemiologia, frequente è la presenza di fattori problematici quali la mancanza di dati sull'esposizione, la non adeguata campionatura, i lunghi periodi di latenza, i mutamenti causali, il ricorso alle dosi medie per i calcoli dell'esposizione¹³⁶. Inoltre, il livello del «nessun effetto dannoso conosciuto o previsto» viene di frequente definito non in base ad effetti osservati direttamente sull'uomo, bensì su cavie animali, e tramite estrapolazioni lineari dalle alte alle basse dosi¹³⁷.

La stessa *Comunicazione della Commissione sul principio di precauzione*, più volte richiamata nel corso di questo lavoro, evidenzia come la stima scientifica del rischio, in al-

133. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti soglia*, cit., 268 ss., con particolare riferimento ai limiti-soglia per l'esposizione alimentare alla diossina: 315 ss.; STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., 528 ss.; v. pure GARGANI, *op. ult. cit.*, 140-141; PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, cit., 511, 513 ss.

134. Oltre ai contributi già citati, si veda, sul punto, MANNA, *La regola dell'oltre il ragionevole dubbio nel pericolo astratto come pericolo reale*, in *Cass. Pen.*, 2005, 646 ss., il quale evidenzia come il «carattere valutativo dei solo apparentemente asettici giudizi scientifici mette radicalmente in crisi il modello legislativo della «specificazione tecnica» e, più in generale, gran parte del diritto penale della modernità» (Id., *op. ult. cit.*, 647-648).

135. Cfr. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., 476 s., 579 ss.

Sulle «incertezze» della stima del rischio, v. da ultimo D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia*, cit., 63 ss. Con specifico riferimento ai limiti-soglia, v. Id., *op. ult. cit.*, 270 ss. Sulla fallacia delle cc.dd. *opzioni di default* impiegate in ambito scientifico nella fissazione dei limiti-soglia, v. 279 ss. Le *opzioni di default*, attraverso la logica «per estrapolazione» su cui sono fondate, posseggono l'attitudine a fornire «spiegazioni della realtà esattamente commisurate agli strumenti cognitivi che si hanno a disposizione. In altri termini, la flessibilità tipica delle *opzioni di default* e del loro funzionamento, fa sì che se ne possano elaborare – almeno in teoria – con riguardo a qualsiasi tipo di problema pratico, al fine di ottenere una risposta *plausibile*, cioè non necessariamente fondata sul piano strettamente nomologico, ma certamente *razionale*, e dunque *credibile*» (Id., *op. ult. cit.*, 279-280, corsivi originali).

136. Cfr. per tutti SHRADER-FRECHETTE, *Valutare il rischio*, cit., 251. Nell'ambito del diritto penale, cfr. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, cit., 513, il quale sottolinea come siano sconosciuti, tra l'altro, i «meccanismi che regolano la causalità cumulativa e sinergica».

137. STELLA, *op. ult. cit.*, 575 ss., 577, il quale richiamando AMES-GOLD, *Environmental Pollution, Pesticides and the Prevention of Cancer: Misconceptions*, in *Faseb Journal*, 11, 1997, 1041, in part. 1045 s., consultabile anche in <http://www.fasebj.org/content/11/13/1041.full.pdf>, sottolinea «l'ineducibilità delle reazioni dell'uomo dalle reazioni degli animali agli alimenti somministrati». Sulle incertezze che caratterizzano l'estrapolazione da animale ad uomo, v. pure D'ALESSANDRO, *op. ult. cit.*, 331 nota 141.

cuni casi, non possa non far ricorso a valutazioni o decisioni eminentemente *politiche*¹³⁸. A tal proposito, è opportuno richiamare nuovamente il *Considerando* n. 19 del Reg. (CE) n. 178/2002, in cui si esprime la consapevolezza di come la valutazione scientifica del rischio, in alcuni casi, debba far ricorso a fattori extrascientifici. In particolare, si sottolinea come sia generalmente riconosciuto «che, in alcuni casi, la sola valutazione scientifica del rischio non sia in grado di fornire tutte le informazioni sui cui dovrebbe basarsi una decisione di gestione del rischio e che è legittimo prendere in considerazione altri fattori pertinenti, tra i quali aspetti di natura societale, economica, tradizionale, etica e ambientale [...]».

Il quadro velocemente ricostruito evidenzia la problematicità dell'intervento del diritto penale in un settore, come quello dei limiti-soglia, così intriso da logiche precauzionali-prudenziali e da dinamiche valutative non completamente supportabili da conoscenze scientifiche corroborate, a volte condizionate da percezioni del rischio individuali modellate su fattori extrascientifici, più propriamente sociali o culturali¹³⁹. Infatti, con la costruzione di norme penali strutturate sul superamento di limiti-soglia non aventi un supporto empirico definito e il cui margine si pone eccessivamente lontano dalla possibilità di messa in pericolo del bene, si viene a punire un mero comportamento disobbediente. Siamo dinanzi ad una tecnica di anticipazione della tutela, caratterizzata dall'«accentuata *normativizzazione* del tipo espressa dalla previsione di soglie di gestione del rischio di offese», individuate, secondo logiche ultraprecauzionali, molto al di sotto del reale livello di pericolosità per il bene tutelato¹⁴⁰. Come è stato efficacemente sostenuto, «[l]e regole cautelative che incorporano i valori soglia non svolgono una funzione preventiva e propriamente cautelare, bensì sono chiamate a 'gestire', attraverso il rispetto di codici di comportamento, determinati rischi connessi allo svolgimento di attività pericolose ma utili, che è necessario consentire entro margini di rischio socialmente tollerabili»¹⁴¹. Se l'ambito di rischio accettabile viene individuato secondo meccanismi di sicurezza ipercautelativi tendenti al 'rischio zero' diventa davvero difficile legittimare l'intervento del diritto penale per sanzionare le condotte "disobbedienti". In una tale logica, il superamento dei limiti soglia incarna un disvalore solo apparente, per nulla legato alla prevenzione dei rischi effettivi che incombono sulla salute.

Ecco perché in una tale prospettiva, il principio di precauzione, criterio di bilanciamento di interessi contrapposti sempre più emergente nella società del rischio¹⁴², assume il significato "massivo" di una soluzione di gestione tendente al 'rischio zero'.

Pare evidente che ci poniamo fuori dalla tutela di beni giuridici afferrabili per collocarci nell'ambito della tutela di un sentimento sociale di sicurezza. In contesti d'incertezza nomologica, le opzioni di definizione delle soglie tendenti alla sovrastima del rischio sociale finiscono per attribuire al *diritto penale del comportamento* connotati simbolici afferenti ad istanze di rassicurazione sociale o di stabilizzazione emotiva del senso collettivo di insicurezza¹⁴³.

138. *Comunicazione della Commissione sul principio di precauzione*, cit., § 5 del sommario. Sull'intrinseca politicità delle valutazioni di rischio, v. per tutti, nell'ambito del diritto penale, D'ALESSANDRO, *op. ult. cit.*, *passim* e 265 ss. Sul punto, rimandiamo anche *supra* par. 1.

139. Sul punto, cfr. ancora D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia*, cit., 271 s., con richiami.

140. Così GARGANI, *op. ult. cit.*, 140, corsivo originale.

141. GARGANI, *op. ult. cit.*, 141.

142. Il principio di precauzione può essere considerato un criterio di gestione politica dei rischi. Cfr., sul punto, CASTRINUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., 18-19; PONGILUPPI, *Principio di precauzione e sistema sanzionatorio. Una riflessione alla luce del diritto dell'Unione europea*, in *Limiti convenzionali e costituzionali del "Diritto Penale Europeo" dopo il Trattato di Lisbona. Il dibattito in Germania e in Italia*, Atti del convegno di Verona del 16-17 settembre 2011, in corso di pubblicazione (che si cita dal dattiloscritto, § 1, con richiami), la quale sottolinea come «il principio di precauzione sia un principio politico, ed anzi culturale, prima che giuridico. Attraverso il principio di precauzione si effettua la gestione e la "distribuzione" del rischio insito nelle situazioni di incertezza scientifica cui esso si riferisce». In generale, sulla dimensione politica della *precauzione*, si veda L. MARINI, *Il principio di precauzione*, cit., 34 ss.

143. Cfr. ancora GARGANI, *op. ult. cit.*, 142; C. PERINI, *La legislazione penale tra "diritto penale dell'evento" e "diritto penale del rischio"*, cit., 124, che richiama la distinzione fra *diritto penale della prevenzione*, *diritto penale dirigitico*, *diritto penale della previdenza sociale* e *diritto penale del comportamento*: 122 ss., con i dovuti richiami. In generale, sul rischio che il diritto penale "precauzionale" possa assumere connotazioni per lo più simboliche o espressive, cfr. CASTRINUOVO, *op. ult. cit.*, 79 ss.

Emerge in tutta la sua problematicità il volto del principio di precauzione, soprattutto quando lo stesso sia suscettibile di essere attratto nello “spazio” penalistico in via indiretta tramite la logica dei limiti-soglia. In contesti normativi caratterizzati da evidenti momenti di estraneità alla prospettiva eziologica e di distanza dal piano dell’offesa, si aprono delle tensioni, difficilmente risolvibili, con i principi fondamentali del diritto penale, in specie con quello di offensività e di colpevolezza¹⁴⁴.

I margini di operatività del diritto penale in contesti d’incertezza scientifica sembrano davvero limitati.

D’altra parte, già sul piano del diritto unionista è possibile cogliere, in un certo senso, alcune indicazioni sui “limiti” applicativi delle logiche precauzionali.

Se è vero che il principio di precauzione è un criterio *politico* di gestione del rischio, che concerne le *procedure decisionali* da adottare in contesti d’incertezza scientifica su possibili pericoli, dirette all’individuazione di strategie di gestione del rischio¹⁴⁵, è altrettanto vero che le misure di contenimento o meglio di gestione del rischio devono essere improntate ai principi di *proporzionalità* e *necessità*. Ciò emerge non solo dalla *Comunicazione della Commissione* ma soprattutto dall’art. 7 del Reg. (CE) n. 178/2002 che sostanzialmente, sulla scia della stessa *Comunicazione* del 2000, finisce per adottare una formula “debole”¹⁴⁶, e pertanto accettabile, del principio di precauzione in ambito della sicurezza alimentare. Tali istanze di bilanciamento, con riferimento alle declinazioni penalistiche del principio di precauzione, non possono che assumere il significato proprio che hanno nell’ambito del diritto penale. E quindi, da un lato, proporzionalità tra disvalore della condotta e conseguenze sanzionatorie e, dall’altro, intervento del diritto penale come *ultima ratio*. Neanche il rango primario del bene salute – che in contesti d’incertezza scientifica, per definizione, entra solo potenzialmente in gioco – può legittimare l’intervento di tecniche di tutela in frizione con i classici principi penalistici. La tutela del bene salute non può collocarsi fuori dal quadro garantistico, e quindi porsi in tensione con i principi di sussidiarietà, ragionevolezza, offensività, colpevolezza. In particolare, con riferimento al canone dell’offensività, sembra ragionevole differenziare la risposta sanzionatoria a seconda che il bene della salute venga leso, messo in pericolo, esposto ad «un rischio attendibile di sviluppi potenzialmente lesivi»¹⁴⁷, ovvero, a rischi “minimizzati” o “neutralizzati”, come nel caso delle discipline costruite su limiti-soglia ipercautelativi, o, infine, venga esposto a rischi del tutto ignoti, come nel caso degli OGM.

In considerazione della significatività “offensiva”, quanto più ci si distanzia dalla disponibilità di «indici scientificamente probanti», tanto più il tipo di sanzione dovrà “passare” dal penale alla dimensione amministrativa¹⁴⁸.

Dinanzi a limiti-soglia costruiti senza alcuna reale capacità selettiva, sostanzialmente tendenti alla neutralizzazione del rischio, nemmeno la tipica natura *seriale* e

144. STELLA, *op. ult. cit.*, 515 ss., 555 ss.; PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, cit., 611 ss.; D’ALESSANDRO, *op. ult. cit.*, 255 ss., 265 ss., 279 ss., 315 ss.; da ultimo GARGANI, *op. ult. cit.*, 140 ss.

Cfr. pure, in generale, con riferimento alle logiche precauzionali: STORTONI, *Angoscia tecnologica e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 74 ss.; CASTRONUOVO, *op. ult. cit.*, 44 ss.; GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, cit., 229-230; PIERGALLINI, *Attività produttive, decisioni in stato d’incertezza e diritto penale*, cit., 330 ss., 358.

145. Cfr. la più volte richiamata *Comunicazione della Commissione sul principio di precauzione*, cit.

146. Cfr. CASTRONUOVO, *op. ult. cit.*, 74, nota 40. L’art. 7 del Reg. (CE) n. 178/2002 si pone in una evidente logica di bilanciamento fra i vari interessi in gioco. La formulazione, infatti, non assume una connotazione “massimalista”, presupponendo che sia già acquisita una ‘qualche’ indicazione in senso sfavorevole all’impiego di determinate sostanze, cosicché verrebbero prese in considerazione le situazioni di ambiguità, «caratterizzate dal difetto di probabilità di nocività dell’alimento e, al contempo, dalla sussistenza di elementi sintomatici atti a giustificare il dovere di approfondire e seguire i risultati derivanti da ulteriori ricerche finalizzate alla determinazione e precisazione del potenziale di rischio sotteso al consumo di detto prodotto»: così GARGANI, *op. ult. cit.*, 262; G.A. DE FRANCESCO, *Dinamiche del rischio*, cit., 31. Cfr. pure COSTATO-BORGHESI-RIZZIOLI, *Compendio di diritto alimentare*, cit., 126 ss., in part. con riferimento all’art. 7 cit., v. 135 ss., 137.

Sulla contrapposizione tra concezioni “forti” e “deboli” del principio di precauzione, v. ad es. GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, cit., 232 ss., 236 ss., con richiami.

147. G.A. DE FRANCESCO, *Dinamiche del rischio*, cit., 33.

148. G.A. DE FRANCESCO, *op. ult. cit.*, 33-34.

cumulativa dei comportamenti lesivi della salute ci sembra possa davvero legittimare il ricorso a tale tecnica di tutela.

Ciò detto, ci sembra ragionevole, in una prospettiva *de jure condendo*, ricondurre le discipline sui limiti-soglia verso un modello diverso da quello vigente, almeno fino a quando la scienza non sarà in grado di fornire indici più “pregnanti” sotto il profilo della previsione del rischio o dotati di reale capacità selettiva¹⁴⁹. Una soluzione interessante, per nulla azzardata e meritevole di approfondimenti – avanzata tra l’altro da più parti in dottrina e con riferimento a diversi settori – è quella offerta dal modello ingiunzionale. Secondo tale schema, che ruota attorno all’attività di agenzie o autorità amministrative indipendenti, cui vengono attribuite funzioni di controllo, si potrebbe predisporre una tutela *progressiva* partendo da sanzioni di natura amministrativa via via sempre più gravi fino ad arrivare all’intervento del diritto penale in caso di inosservanza dell’ordine-ingiunzione impartito dall’autorità pubblica, magari prevedendo un modello di responsabilità riferito alle persone giuridiche¹⁵⁰. Al diritto penale “ingiunzionale” verrebbe affidato un ruolo “accessorio”, ossia quello di assistere l’efficacia delle decisioni sulla gestione del rischio. In sostanza, esso avrebbe la funzione di presidiare le procedure di valutazione del rischio e il giudizio di bilanciamento insito nella fase di gestione¹⁵¹. In contesti ipercautelativi votati alla “minimizzazione del rischio”, come quello dei limiti-soglia, non può che farsi un uso “precauzionale” del diritto penale: lo impone la sua natura “retrospettiva”, il suo rigore epistemologico e la sua “ontologica” aderenza a «vincoli di realtà»¹⁵². D’altra parte la minaccia della pena non può e non deve essere considerata l’unica strategia per la “gestione” dei rischi. Il diritto penale, anche quello contravvenzionale, è solamente uno dei «sistemi immunitari»¹⁵³ della società (an-

149. Certa dottrina (BERNASCONI, *Il difficile equilibrio tra legalità ed offensività nella tutela penale dell’ambiente*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, 101 s.), per tentare di far fronte alla questione sullo scollamento fra tipicità e offensività, nell’ambito della disciplina dei limiti-soglia in materia ambientale, ha proposto la distinzione fra due categorie di soglie in relazione a ciascuna categoria di sostanza: la *soglia-limite*, che indicherebbe la quantità massima di sostanza immettabile nell’ambiente; la *soglia di tolleranza*, che individuerrebbe un margine più prudenziale. Il diritto penale interverrebbe solo nell’ipotesi di superamento della soglia-limite; nel caso di violazione della soglia di tolleranza sarebbe prevista una sanzione amministrativa. Guarda con favore a tale proposta SIRACUSA, *La tutela penale dell’ambiente. Bene giuridico e tecniche di incriminazione*, Milano, 2007, 419 s., che considera il modello di reato costruito sui limiti-soglia «uno strumento di tutela penale irrinunciabile in materia ambientale, sia in termini di considerevole riduzione dello scarto tra tipicità ed offensività, sia in termini di certezza del diritto» (*op. ult. cit.*, 420; per i dovuti approfondimenti, v. 399 ss., in part. 414 ss.). La stessa A., che reputa i limiti-soglia idonei a costituire “soglie di pericolo” reale e non semplicemente sospetto, non manca, tuttavia, di sottolineare che va rifiutata la delimitazione di soglie di sicurezza «tanto al di sotto della reale adeguatezza del rischio da coincidere con la soglia della paura, non della precauzione» (*op. ult. cit.*, 419, corsivo originale).

150. In prospettiva di una maggiore aderenza al principio di proporzione, in un contesto precauzionale come quello dei limiti-soglia, l’intervento del penale potrebbe prevedersi in caso di inosservanza di più ingiunzioni impartite dall’autorità pubblica. Sul punto, cfr. di recente PONGILUPPI, *Principio di precauzione e reati alimentari*, cit., 256 ss., la quale, con riferimento ai contesti precauzionali, ritiene legittima la previsione di una sanzione penale solo in caso di «violazione di più ingiunzioni, legate alla medesima attività sospetta, ma differenti nel contenuto» (*op. ult. cit.*, 258, con esemplificazione); della stessa A. v. pure *Principio di precauzione e sistema sanzionatorio*, cit., 7 ss., in cui propone un modello ingiunzionale incardinato su un organismo europeo. Sono favorevoli, fra gli altri, all’adozione di modelli ingiunzionali per la gestione dei rischi tecnologici, soprattutto in contesti “precauzionali”: GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, cit., 247, secondo il quale lo schema del reato a struttura ingiunzionale garantirebbe «la valutazione precauzionale delle amministrazioni competenti o delle agenzie di controllo appositamente costituite, alle quali affidare il compito del bilanciamento degli interessi, alla luce delle indicazioni provenienti dai soggetti interessati alle valutazioni di rischio». Con tale modello, l’incriminazione sarebbe posta «a tutela delle procedure di valutazione del rischio da parte del corpo sociale, confermando che il “precauzionismo” non rileva come principio assoluto, ma entra piuttosto in bilanciamento con l’utilità sociale dell’attività pericolosa»; FORTI, *“Accesso” alle informazioni sul rischio*, cit., 223 ss., che auspica un modello in cui le “ingiunzioni” siano dirette alla persona giuridica; ID., *La “chiara luce della verità” e “l’ignoranza del pericolo”*, cit., 671 ss.; PIERGALLINI, *Attività produttive, decisioni in stato d’incertezza e diritto penale*, cit., 364; DONINI, *Modelli di illecito penale minore*, cit., 285-286, nonché nota 186; ID., *Il volto attuale dell’illecito penale*, cit., 121; CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Milano, 2004, spec. 400 ss., 411 ss., 421 ss., 424 ss., che presta particolare attenzione al modello di ingiunzione statunitense; D’ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia*, cit., 366 ss., spec. 381 ss., che guarda con interesse al modello ingiunzionale adottato nell’ordinamento americano. Il modello ingiunzionale non è estraneo all’ordinamento italiano, si pensi all’istituto delle prescrizioni degli organi di vigilanza in materia di sicurezza del lavoro (artt. 19 ss. del d.lgs 758/1994 e succ. modif.). Sul meccanismo estintivo e “ripristinatorio” previsto in ambito di sicurezza del lavoro, si veda VALENTINI, *Il tasso di effettività del meccanismo estintivo e “ripristinatorio” in materia di sicurezza del lavoro*, in DONINI-CASTRONUOVO, a cura di, *La riforma della salute pubblica*, cit., 103 ss.

151. PIERGALLINI, *op. ult. cit.*, 364.

152. PULITANÒ, *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Scritti per Federico Stella*, I, cit., 851 ss., 855 ss.

153. SLOTERDIJK, *Devi cambiare la tua vita. Sull’antropotecnica*, trad. it., Milano, 2010, 13, 553 ss., che colloca il diritto, quale uno dei «sistemi integrativi finalizzati al trattamento preventivo delle lesioni», fra le «pratiche socioimmunologiche».

Obbligato il rimando a LUHMANN, *Sistemi sociali: fondamenti di una teoria generale*, trad. it., Bologna, 1990, 578 ss., richiamato dallo stesso Sloterdijk, che considera il sistema giuridico quale sistema immunitario del sistema sociale. Cfr. pure LUHMANN, *Differenziazione del sistema giuridico*, in ID., *La*

che in quella del rischio), e peraltro quello più invasivo, coercitivo e, certamente, più stigmatizzante¹⁵⁴.

4.3

IL CASO DEGLI ORGANISMI GENETICAMENTE MODIFICATI (OGM)

Trattando di cibi geneticamente modificati ci collochiamo, in senso proprio, nell'ambito del c.d. «rischio da ignoto biotecnologico»¹⁵⁵. Allo stato, non si conosce la reale pericolosità degli OGM. Discutendo di OGM, ci poniamo, pertanto, in senso vero e proprio, nell'ambito della 'paura' di un rischio¹⁵⁶.

Con la sigla OGM si fa riferimento a quegli «organismi il cui patrimonio genetico è stato modificato mediante ibridazione e selezione o mutagenesi e selezione, oppure con metodiche che prevedono manipolazioni del DNA e inserimento mirato di nuovi geni (transgeni) negli organismi»¹⁵⁷.

L'impiego di OGM nel settore alimentare divide non solo l'opinione pubblica ma anche la scienza. Da una parte si collocano coloro i quali sostengono che le piante geneticamente modificate siano sicure e rappresentino un'occasione per produrre più cibo, a prezzi più bassi, e con maggior rispetto per l'ambiente, dall'altro ci sono, invece, coloro i quali ritengono che gli OGM siano il «cibo di Frankenstein», un espediente delle multinazionali per lucrare quanto più possibile, a scapito della salute dei consumatori, dell'equilibrio dell'ecosistema, della biodiversità e dell'economia dei Paesi più poveri¹⁵⁸. In particolare, con riferimento alla salute umana, si teme la possibile trasmissione dei geni resistenti agli antibiotici dagli OGM all'uomo, l'instaurarsi di reazioni allergiche dovute al consumo di tali prodotti, si pensi ad esempio al caso della soia modificata con i geni della noce brasiliana, e l'instaurarsi di effetti tossici che potrebbero svilupparsi, soprattutto nel medio e lungo periodo, nell'organismo umano¹⁵⁹.

L'«incertezza scientifica»¹⁶⁰ circa i reali effetti avversi degli OGM hanno condotto il legislatore europeo, e di conseguenza quello nazionale, alla scelta di un modello di regolamentazione ispirato al principio di precauzione.

Si può dire che la disciplina sui microrganismi geneticamente modificati (MOGM) e sugli OGM sia quella maggiormente permeata da logiche precauzionali¹⁶¹. Proprio perché allo stato non si dispone di conoscenze scientifiche sulla loro innocuità o pericolosità, ed in definitiva sui possibili sviluppi causali, il legislatore, in considerazione del favore manifestato nei loro confronti da parte del mondo scientifico, nonché per evitare

differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto, trad. it., Bologna, 1990, 61-80.

154. Il fatto che, a valle, i reati di cui all'art. 5 l. n. 283/1962 siano obblazionabili ai sensi dell'art. 162-bis, c.p., non può legittimare, a monte, una tipizzazione delle fattispecie che si ponga in frizione con i principi penalistici. Tra l'altro, il meccanismo estintivo di cui all'art. 162-bis, c.p., prevede delle condizioni ostative all'oblazione la cui valutazione è affidata al potere discrezionale del giudice.

La maggiore gravità delle contravvenzioni rispetto alle sanzioni amministrative, se non è sempre distinguibile, fenomenologicamente, sul piano quantitativo, è di sicuro sempre evidente sul piano *qualitativo*: le sanzioni penali possiedono un *effetto stigmatizzante*, ossia di degrado etico e sociale, sulla persona che le sanzioni amministrative non posseggono. Cfr., sul punto, PONGILUPPI, *Principio di precauzione e reati alimentari*, cit., 249 e nota 75, con ulteriori richiami. In generale, si può dire che la sanzione penale possiede un complesso apparato simbolico che la sanzione amministrativa non possiede. Sulle connotazioni *comunicative* della pena, sia consentito il rinvio a TUMMINELLO, *Il volto del reo*, cit., 1 ss., 4 ss., 17 ss., con richiami.

155. CORBETTA, *Sicurezza alimentare e rischio da «ignoto biotecnologico»*, cit., 2266.

156. Cfr., sul punto, le considerazioni di G.A. DE FRANCESCO, *Dinamiche del rischio*, cit., 30-31.

157. *Enciclopedia Treccani*, voce *Ogm*, in www.treccani.it/enciclopedia/ogm. Cfr. art. 3, comma 1, lett. b), del d.lgs. 8 luglio 2003, n. 224 (*Attuazione della direttiva 2001/18/CE concernente l'emissione deliberata nell'ambiente di organismi geneticamente modificati*), secondo il quale per OGM s'intende «un organismo, diverso da un essere umano, il cui materiale genetico è stato modificato in modo diverso da quanto si verifica in natura mediante accoppiamento o incrocio o con la ricombinazione genetica naturale».

158. Cfr. ad es. SALA, *Gli ogm sono davvero pericolosi?*, II ediz., Roma-Bari, 2005, 5 e *passim*.

159. CONSORTE, *L'intervento penale nel settore degli organismi geneticamente modificati (OGM). Il ruolo del principio di precauzione*, in CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA, dir., *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, IV, *I delitti contro l'incolumità pubblica e in materia di stupefacenti*, Torino, 2010, 476 nota 2; PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, cit., 429 ss., spec. 431, 86 ss.; CORBETTA, *Sicurezza alimentare e rischio da «ignoto tecnologico»*, cit., 2267 ss. Con riferimento all'ambiente, sono sconosciuti gli effetti delle interazioni degli OGM con l'ecosistema; cfr. pure VAGLIASINDI, *Legittimità ed effettività della normativa penale in materia di organismi geneticamente modificati (OGM)*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2012, 243-244.

160. Il concetto di incertezza scientifica è chiarito nella *Comunicazione della Commissione sul principio di precauzione*, cit., § 5.1.3, su cui v. SOLLINI, *Il principio di precauzione*, cit., 26 ss. Per una definizione della formula «incertezza scientifica», cfr. pure RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, II, cit., 1743.

161. Nello stesso senso, ad es., GARGANI, *op. ult. cit.*, 522, con richiami.

una «gratuita» compressione della libertà di iniziativa economica e della libertà di ricerca, in mancanza di adeguate risultanze scientifiche che possano giustificare il sacrificio di tali libertà, non dispone un divieto *tout court* delle attività riguardanti i MOGM e gli OGM, bensì adotta un modello a «liceità condizionata», contraddistinto da una serie di prescrizioni comportamentali sull'impiego di tali organismi, in modo tale da assicurarne l'uso entro un ambito di rischio consentito¹⁶².

Ancora una volta emerge come il principio di precauzione, la cui applicazione si iscrive nel contesto della gestione del rischio, sia di per sé espressione di esigenze di bilanciamento fra i diversi interessi in gioco¹⁶³, o meglio un criterio di gestione politica del rischio¹⁶⁴.

La disciplina sugli OGM si fonda su una complessa procedura articolata a livello nazionale e/o comunitario.

I principali provvedimenti normativi di riferimento sono: il d.lgs. 12 aprile 2001, n. 206, sull'*impiego confinato di microrganismi geneticamente modificati* (MOGM), in attuazione della direttiva 98/81/CE, che modifica la precedente direttiva 90/219/CE (disciplina poi rifiuta nella direttiva 2009/41/CE), che con gli artt. 20-22 prevede soprattutto sanzioni di natura contravvenzionale; il d.lgs. 8 luglio 2003, n. 224, «Attuazione della direttiva 2001/18/CE concernente l'emissione deliberata nell'ambiente di organismi geneticamente modificati», che introduce, tramite gli artt. 34-36, sanzioni sia di natura penale (contravvenzionale) che di natura amministrativa, con riferimento all'emissione deliberata nell'ambiente e l'immissione in commercio di OGM; il d.lgs. 21 marzo 2005, n. 70, recante la disciplina sanzionatoria per le violazioni del Regolamento (CE) n. 1829/2003 relativo ad alimenti e mangimi geneticamente modificati e del Regolamento (CE) n. 1830/2003 riguardante la tracciabilità e l'etichettatura di OGM, che introduce sia sanzioni amministrative che contravvenzioni¹⁶⁵.

Tutti e tre i provvedimenti sopra richiamati si caratterizzano per l'importanza che viene attribuita all'autorizzazione amministrativa per la costruzione delle fattispecie contravvenzionali. Una simile conformazione delle fattispecie, come vedremo, pone delicate questioni sul piano dell'offensività, attenuate solo in parte dalla presenza di sanzioni che di fatto, considerata la comminatoria alternativa dell'arresto o dell'ammenda, sono suscettibili di oblazione (art. 162-bis c.p.)¹⁶⁶.

In mancanza di evidenze scientifiche circa la pericolosità o innocuità degli OGM, al legislatore è precluso l'utilizzo di modelli *preventivi*: in particolare, per tutelare in via anticipata la salute, non potrà fare ricorso a fattispecie di pericolo astratto, proprio perché non sono disponibili leggi scientifiche o regole di esperienza corroborate che permettano di selezionare condotte *tipicamente* pericolose¹⁶⁷. Non si dispone allo stato di informazioni circa gli effetti tossici degli OGM, non si può in pratica effettuare alcun

162. CONSORTE, *L'intervento penale nel settore degli organismi geneticamente modificati*, cit., 477.

163. Cfr. ancora *Comunicazione della Commissione sul principio di precauzione*, cit., *passim* e § 6.3.4. Sul punto, in dottrina, da ultimo, si veda VAGLIASINDI, *op. ult. cit.*, 250 ss.

Ricordiamo che il principio di precauzione riguarda le *procedure decisionali*, da adottare in condizioni d'incertezza scientifica su possibili pericoli, dirette all'individuazione di corrette strategie di *gestione del rischio*.

164. Si rimanda *supra* par. precedente e ai contributi citati alla nota 142.

165. In realtà il quadro delle fonti comunitarie in tema di OGM e MOGM è più complesso. Per i dovuti riferimenti, rinviamo a VAGLIASINDI, *op. ult. cit.*, 253 ss. Per un primo esame delle fonti comunitarie richiamate nel testo, v. C. PERINI, *Organismi geneticamente modificati*, in PALAZZO-PALIERO, dir., *Commentario breve alle leggi penali complementari*, II ediz., Padova, 2007, 249 ss.

166. GIUS. PIGHI, *La legislazione sugli organismi geneticamente modificati e il principio di precauzione*, in DONINI-CASTRONUOVO, a cura di, *La riforma dei reati contro la salute pubblica*, cit., 57.

Cfr. CONSORTE, *L'intervento penale*, cit., 499, che, nel caso di specie, evidenzia alcune possibili criticità nell'applicazione dell'oblazione di cui all'art. 162-bis c.p. L'oblazione, infatti, non è ammessa, tra gli altri casi, quando «permangono conseguenze dannose o pericolose del reato eliminabili da parte del contravventore» (art. 162-bis, comma 3, c.p.); inoltre il giudice può respingere la domanda di oblazione in considerazione della *gravità* del fatto (art. 162-bis, comma 4, c.p.). In un contesto di incertezza scientifica circa i possibili effetti degli OGM nei confronti dei beni rilevanti, il potere che la norma attribuisce al giudice appare troppo discrezionale. In sostanza, in un contesto di oscurità delle trame causali, il giudice non avrebbe a disposizione le leggi scientifiche esplicative su cui basare l'accertamento richiesto dalla norma.

167. V. *supra* par. 4.1.

giudizio predittivo. Per le medesime motivazioni non può nemmeno farsi ricorso a tecniche di tutela costruite sul superamento dei limiti-soglia¹⁶⁸. In assenza di dati affidabili sulle esposizioni a medio e lungo periodo è praticamente impossibile l'individuazione di valori-soglia¹⁶⁹.

In un contesto di incertezza come quello rappresentato, al diritto penale non rimane che intervenire sanzionando le violazioni delle procedure autorizzative. In tale versante, fondamentalmente, si collocano i tre decreti sopra menzionati, che si caratterizzano tutti per la previsione di una marcata "proceduralizzazione" della valutazione e gestione del rischio, in cui assume appunto un ruolo cardine l'autorizzazione amministrativa. La regolamentazione delle attività inerenti all'impiego di OGM e MOGM si basa, infatti, su una procedura, in alcuni casi articolata sia a livello interno che a livello europeo, fondata su una logica di co-gestione del rischio e in particolare sulla necessità di una autorizzazione preventiva, con inversione dell'onere probatorio (della non rischiosità del prodotto), gravante sul soggetto interessato a svolgere le suddette attività¹⁷⁰.

Guardando direttamente al piano sanzionatorio, è opportuno precisare che i tre provvedimenti menzionati prevedono, oltre ai c.d. illeciti procedurali (di natura contravvenzionale o amministrativa) – costruiti sul profilo autorizzatorio e volti a sanzionare le violazioni delle «procedure precauzionali», o comunque l'inosservanza di obblighi di tipo formale –, delle fattispecie contravvenzionali incentrate su un *evento di pericolo concreto* per la salute o per l'ambiente (inteso quale risultato della condotta inosservante degli obblighi procedurali) o su un *evento di danno ambientale* (quale presupposto della condotta)¹⁷¹. Questa seconda tipologia di fattispecie appare alquanto «eccentrica» rispetto alla logica precauzionale¹⁷². Si tratta di fattispecie che possiamo definire in stato di «ibernazione» fino a quando non saranno acquisite le premesse cognitive o nomologiche pertinenti e si disporrà delle evidenze scientifiche sufficienti a fondare i sospetti di pericolosità o dannosità. Infatti, trattandosi di fattispecie basate sul nesso di causalità, allo stato delle conoscenze attuali sono, per definizione, inapplicabili. Come è stato correttamente osservato, tali incriminazioni, incentrate su un evento dannoso o

168. Sulle questioni problematiche poste dalle fattispecie strutturate sul superamento di limiti-soglia, rimandiamo al paragrafo precedente.

169. Cfr. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia*, cit., 314-315.

170. GARGANI, *op. ult. cit.*, 526; CONSORTE, *op. ult. cit.*, 478. Per un'analisi delle complesse discipline procedurali previste in tema di OGM e MOGM, rinviamo, oltre ai contributi appena citati, a C. PERINI, *op. ult. cit.*, 249 ss.; CORBETTA, *op. ult. cit.*, 2277 ss.; v. pure C. PERINI, *Il concetto di rischio*, cit., 649 ss. V. anche i contributi citati *infra* nota 188.

171. Si fa riferimento all'art. 22 (*Sanzioni per danni provocati alla salute umana e all'ambiente*) del d.lgs. n. 206/2001, all'art. 36 (*Sanzioni per danni provocati alla salute umana e all'ambiente, bonifica e ripristino ambientale e risarcimento del danno ambientale*) del d.lgs. n. 224/2003 e all'art. 8 (*Relazione con gli articoli 30, comma 2 e 35, comma 10 e con l'articolo 36 del decreto legislativo 8 luglio 2003, n. 224*) del d.lgs. n. 70/2005. L'art. 22 d.lgs. n. 206/2001 sancisce testualmente: «Fatte salve le disposizioni previste dagli articoli 20 e 21, e sempre che il fatto non costituisca più grave reato, chi, nell'esercizio delle attività di impiego confinato di MOGM previste nel presente decreto, *cagiona pericolo per la salute pubblica* ovvero pericolo di degradazione rilevante e persistente delle risorse naturali biotiche o abiotiche, è punito con la pena dell'arresto sino a tre anni o dell'ammenda sino a lire 100 milioni» (comma 1). «Chi con il proprio comportamento omissivo o commissivo in violazione delle disposizioni del presente decreto *provoca un danno* alle acque, al suolo, al sottosuolo e alle altre risorse ambientali, ovvero *determina un pericolo concreto* ed attuale di inquinamento ambientale, è tenuto a procedere a proprie spese agli interventi di messa in sicurezza, di bonifica e di ripristino ambientale delle aree inquinate e degli impianti dai quali è derivato il danno ovvero deriva il pericolo di inquinamento, ai sensi e secondo il procedimento di cui all'articolo 17 del decreto legislativo 5 febbraio 1997, n. 22». Ai sensi del comma 5 «chi non ottempera alle prescrizioni di cui al comma 2, è punito con l'arresto da sei mesi ad un anno e con l'ammenda da lire cinque milioni a lire cinquanta milioni». L'art. 36 d.lgs. n. 224/2003 dispone testualmente: «Fatte salve le disposizioni previste negli articoli 34 e 35 e sempre che il fatto non costituisca più grave reato, chi, nell'effettuazione di un'emissione deliberata nell'ambiente di un OGM ovvero nell'immissione sul mercato di un OGM, *cagiona pericolo per la salute pubblica* ovvero pericolo di degradazione rilevante e persistente delle risorse naturali biotiche o abiotiche è punito con l'arresto sino a tre anni o con l'ammenda sino ad euro 51.700» (comma 1). «Chiunque, con il proprio comportamento omissivo o commissivo, in violazione delle disposizioni del presente decreto, *provoca un danno* alle acque, al suolo, al sottosuolo od alle altre risorse ambientali, ovvero *determina un pericolo concreto* ed attuale di inquinamento ambientale, è tenuto a procedere a proprie spese agli interventi di messa in sicurezza, di bonifica e di ripristino ambientale delle aree inquinate: e degli impianti dai quali è derivato il danno ovvero deriva il pericolo di inquinamento, ai sensi e secondo il procedimento di cui all'articolo 17 del decreto legislativo 5 febbraio 1997, n. 22» (comma 2). Il comma 6 dispone che «chiunque non ottempera alle prescrizioni di cui al comma 2 è punito con l'arresto da sei mesi ad un anno e con l'ammenda da euro 2.600 ad euro 25.900». L'art. 8 d.lgs. n. 70/2005 dispone testualmente: «Fatte salve le disposizioni previste negli articoli 2, 3, 5 e 6, le disposizioni dell'articolo 36 del decreto legislativo n. 224 del 2003 si applicano anche nel caso di *danni provocati dalla immissione in commercio di OGM* destinati all'alimentazione umana o degli animali o di alimenti o mangimi che contengono o sono costituiti da OGM, rientranti nel campo di applicazione del regolamento».

172. CASTRONUOVO, *op. ult. cit.*, 71. Cfr. pure GIUS. PIGHI, *La legislazione sugli organismi geneticamente modificati e il principio di precauzione*, cit., 60, 62-63.

pericoloso, sono espressione di un «diritto penale “del futuro” dalla quanto meno dubbia possibilità di applicazione e dalla inconsistente efficacia»¹⁷³. Infatti, allorché si acquisissero le conoscenze per fondare un giudizio di causalità, la risposta sanzionatoria di tali disposizioni sarebbe evidentemente inadeguata e, in ogni caso, stante la clausola di riserva prevista espressamente, opererebbero le fattispecie delittuose di comune pericolo di cui al codice penale¹⁷⁴.

Merita, a questo punto, individuare le fattispecie incriminatrici della prima categoria, ossia quelle costruite sul profilo autorizzatorio. È bene precisare fin da subito che si tratta sostanzialmente di sanzioni penali che intervengono con una funzione meramente sanzionatoria¹⁷⁵.

Con riferimento al d.lgs. n. 206/2001 bisogna menzionare gli artt. 20 e 21. Le fattispecie contravvenzionali di cui all'art. 20¹⁷⁶, sanzionate con la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda, riguardano: l'inosservanza delle prescrizioni sull'aggiornamento della notifica dell'impianto (comma 1), del protocollo di valutazione e di contenimento del rischio (comma 2), dell'obbligo di comunicazione in caso d'incidente (comma 3), delle prescrizioni ministeriali inerenti all'impianto, all'impiego e ai casi d'incidente (comma 4, lett. c, d e f); l'impiego confinato di MOGM in mancanza di autorizzazione (comma 4, lett. a e b) e di MOGM di classe 2 in violazione delle disposizioni di cui all'art. 9, commi 2 e 3 (comma 4, lett. e)¹⁷⁷.

Con riferimento al d.lgs. 224/2003 bisogna menzionare gli artt. 34 e 35. L'art. 34¹⁷⁸ prevede le sanzioni concernenti l'ambito dell'emissione deliberata nell'ambiente di OGM per qualsiasi fine diverso dall'immissione sul mercato (titolo II del d.lgs. n. 224/2003). Limitando l'attenzione alle ipotesi contravvenzionali, tralasciando pertanto le ipotesi di natura amministrativa, la norma sanziona con la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda le seguenti condotte: emissione deliberata di OGM per fini non commerciali in

173. Cfr. ancora CASTRONUOVO, *op. ult. cit.*, 72, che le qualifica come «forme di “reato (anche astrattamente) impossibile” per assenza o incompletezza attuale dell'*explanans*, ossia delle premesse cognitive o nomologico-esperenziali pertinenti».

174. CASTRONUOVO, *op. ult. cit.*, 72. V. pure CONSORTE, *op. ult. cit.*, 488.

175. CONSORTE, *op. ult. cit.*, 477.

176. Riportiamo a seguire il testo dell'art. 20 (*Sanzioni*): «Il titolare dell'impianto è punito con l'arresto da tre a sei mesi o con l'ammenda da lire tre milioni a lire otto milioni per la violazione dell'articolo 12, comma 2» (comma 1). «L'utilizzatore è punito con l'arresto da tre a sei mesi o con l'ammenda da lire tre milioni a lire otto milioni per la violazione dell'articolo 5, comma 6, dell'articolo 6, comma 1, lettera a), e comma 4, e dell'articolo 12, comma 1» (comma 2). «L'utilizzatore è punito con l'arresto da due a quattro mesi o con l'ammenda da lire un milione a lire cinque milioni per la violazione dell'articolo 16, commi 1 e 2» (comma 3). «La sanzione prevista al comma 1 si applica anche: a) al titolare dell'impianto in cui ha luogo l'impiego confinato di MOGM che sia privo dell'autorizzazione di cui all'articolo 7, commi 2 e 3; b) all'utilizzatore che, per gli impieghi confinati di classe 3 e 4, sia privo dell'autorizzazione di cui all'articolo 10, comma 2; c) al titolare dell'impianto che non osserva le prescrizioni stabilite dal Ministero della sanità per l'impianto destinato all'impiego confinato di microrganismi geneticamente modificati; d) all'utilizzatore che non osserva le prescrizioni stabilite dal Ministero della sanità per l'impiego confinato di microrganismi geneticamente modificati; e) all'utilizzatore che, per gli impieghi confinati di classe 2, non osserva le disposizioni di cui all'articolo 9, commi 2 e 3; f) al titolare dell'impianto ed all'utilizzatore che non osservano le prescrizioni dettate dal Ministero della sanità in caso di incidente, ai sensi dell'articolo 16, comma 5» (comma 4). «All'utilizzatore che non osserva le disposizioni di cui all'articolo 6, comma 1, lettera b) si applica la sanzione amministrativa pecuniaria da lire un milione a lire sei milioni» (comma 5).

177. Per un'analisi delle singole fattispecie, si rimanda a C. PERINI, *op. ult. cit.*, 257 ss. Ai sensi dell'art. 21, alle fattispecie contravvenzionali di cui all'art. 20 si applica il meccanismo estintivo e «ripristinatorio» di cui agli artt. 19 e segg. della legge n. 758/1994 in materia di sicurezza del lavoro, su cui si veda VALENTINI, *Il tasso di effettività del meccanismo estintivo e “ripristinatorio”*, cit., 103 ss.

178. Si riporta a seguire il testo dell'art. 34 (*Sanzioni relative al Titolo II*): «Chiunque effettua un'emissione deliberata di un OGM per scopi diversi dall'immissione sul mercato senza averne dato preventiva notifica all'autorità nazionale competente è punito con l'arresto da sei mesi a tre anni o con l'ammenda sino ad euro 51.700» (comma 1). «Se l'emissione è effettuata dopo la notifica, ma prima del rilascio del provvedimento di autorizzazione ovvero dopo che l'autorizzazione sia stata rifiutata o revocata ovvero in violazione dei provvedimenti che dispongono la sospensione o l'interruzione definitiva dell'emissione o prescrivono modifiche alle modalità dell'emissione, si applica l'arresto da sei mesi a due anni o l'ammenda sino ad euro 51.700» (comma 2). «Le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 si applicano per ogni successiva emissione dello stesso OGM nell'ipotesi prevista dall'articolo 8, comma 5» (comma 3). «Chiunque effettua una emissione deliberata di un OGM per scopi diversi dall'immissione sul mercato senza osservare le prescrizioni stabilite nel provvedimento di autorizzazione è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 7.800 ad euro 46.500» (comma 4). «Chiunque, nei casi previsti dall'articolo 11, comma 1, non comunica immediatamente all'autorità nazionale competente le informazioni prescritte ovvero non adotta, nello stesso tempo, le misure necessarie per la tutela della salute umana, animale e dell'ambiente ivi previste, è punito, nel primo caso, con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 7.800 ad euro 46.500, nel secondo, con l'arresto sino a due anni o l'ammenda sino ad euro 51.700» (comma 5). «Chiunque, all'esito di ciascuna emissione e, successivamente, alle scadenze fissate nell'autorizzazione, non invia all'autorità nazionale competente la relazione conclusiva sull'emissione di cui all'articolo 13, comma 1, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 7.800 ad euro 25.900» (comma 6). «Chiunque, nell'ipotesi prevista dall'articolo 12, comma 6, non appone adeguati cartelli di segnalazione che indicano chiaramente la presenza di OGM, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 4.000 ad euro 10.000» (comma 7).

difetto di preventiva notifica (comma 1) o in difetto di autorizzazione o in caso di rifiuto o di revoca della stessa (comma 2); inosservanza degli obblighi di adozione delle misure necessarie per la tutela della salute umana, animale e dell'ambiente, in caso di modifiche dell'emissione deliberata di OGM (comma 5). L'art. 35¹⁷⁹ prevede, invece, le sanzioni concernenti l'ambito dell'immissione sul mercato di OGM come tali o contenuti in prodotti (titolo III del d.lgs. n. 224/2003). Limitando l'attenzione, anche in questo caso, alle ipotesi contravvenzionali, la norma sanziona l'immissione sul mercato di OGM in difetto di preventiva notifica (comma 1) o di autorizzazione o in caso di rifiuto o revoca della stessa (comma 2), l'impiego di un OGM per fini diversi da quelli indicati, in difetto della prescritta notifica (comma 3), l'immissione sul mercato di OGM dopo la scadenza dell'autorizzazione o in caso di revoca o di rifiuto del provvedimento di rinnovo (comma 4), la mancata adozione immediata (dopo la notifica all'autorità competente o dopo aver già ottenuto l'autorizzazione all'immissione sul mercato di un OGM) di tutte le misure necessarie per tutelare la salute umana, animale e l'ambiente, qualora si venga a disporre di nuove informazioni sui rischi dell'OGM per la salute umana, animale e per l'ambiente (comma 6)¹⁸⁰.

Passando al d.lgs. n. 70/2005, anche in questo caso si farà riferimento solo alle fattispecie che prevedono contravvenzioni. È utile precisare che il decreto si articola in tre Titoli: il primo riguarda le ipotesi di inosservanza del Reg. (CE) n. 1829/2003, in tema di alimenti e mangimi geneticamente modificati (artt. da 1 a 9); il secondo concerne i casi di inosservanza delle disposizioni del Reg. (CE) n. 1830/2003, in tema di tracciabilità e di etichettatura di OGM e di alimenti e mangimi ottenuti da OGM (artt. da 10 a 12); infine, il terzo reca disposizioni sull'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie (art. 13). Il Titolo II non contempla sanzioni di natura penale. Pertanto si farà riferimento alle disposizioni del Titolo I, il quale prevede sia sanzioni di natura penale che amministrativa: in particolare, esse sono contenute nel capo II (*Disciplina sanzionatoria per le violazioni relative agli alimenti geneticamente modificati*), nel capo III (*Disciplina sanzionatoria per le violazioni relative ai mangimi geneticamente modificati*), nel capo

179. Si riporta a seguire il testo dell'art. 35 (*Sanzioni relative al Titolo III*): «Chiunque immette sul mercato un OGM senza aver provveduto alla preventiva notifica all'autorità nazionale competente o all'autorità competente di altro Stato membro della Comunità europea nel quale l'immissione sul mercato comunitario è avvenuta per la prima volta, è punito con l'arresto da sei mesi a tre anni o con l'ammenda sino ad euro 51.700» (comma 1). «Se l'immissione sul mercato avviene dopo la notifica, ma prima del rilascio dell'autorizzazione ovvero dopo che l'autorizzazione sia stata rifiutata o revocata, si applica l'arresto sino a due anni o l'ammenda sino ad euro 51.700» (comma 2). «Le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 si applicano anche nella fattispecie di cui all'articolo 16, comma 7» (comma 3). «Chiunque, dopo essere stato autorizzato dall'autorità nazionale competente o dall'autorità competente di altro Stato membro della Comunità europea all'immissione sul mercato di un OGM senza aver provveduto, nei termini previsti, alla notifica per il rinnovo del provvedimento di autorizzazione, continua, dopo la scadenza di quest'ultimo, ad immettere sul mercato l'OGM, ovvero, continua a immettere sul mercato l'OGM dopo che il rinnovo del provvedimento di autorizzazione sia stato rifiutato o revocato, è punito, nel primo caso, con le pene di cui al comma 1, nel secondo caso, con le pene di cui al comma 2» (comma 4). «Chiunque effettua l'immissione sul mercato di un OGM, senza osservare le prescrizioni stabilite nel provvedimento di autorizzazione o nel provvedimento di rinnovo dell'autorizzazione rilasciati dall'autorità competente nazionale o dalla autorità competente di altro Stato membro della Comunità europea, ivi comprese quelle sull'etichettatura e sull'imballaggio, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 7.800 ad euro 46.500» (comma 5). «Chiunque, dopo la notifica all'autorità nazionale competente o dopo avere ottenuto dalla stessa o dalla autorità competente di altro Stato membro della Comunità europea l'autorizzazione all'immissione sul mercato di un OGM disponendo di nuove informazioni sui rischi dell'OGM per la salute umana, animale e per l'ambiente, non adotta immediatamente tutte le misure necessarie per tutelare la salute umana, animale e l'ambiente o non comunica all'autorità nazionale competente le informazioni predette e le misure adottate è punito, nel primo caso, con l'arresto sino a due anni o con l'ammenda sino ad euro 51.700, nel secondo, con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 7.800 ad euro 46.500» (comma 6). «Gli utenti di un OGM immesso sul mercato a seguito del provvedimento di autorizzazione o del rinnovo dello stesso rilasciati dall'autorità nazionale competente o dall'autorità competente di altro Stato membro della Comunità europea, che non rispettano le condizioni specifiche di impiego o le relative restrizioni in ordine agli ambienti ed alle aree geografiche, previste nel provvedimento di autorizzazione o di rinnovo dell'autorizzazione, sono puniti con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 1.100 ad euro 6.200» (comma 7). «Chiunque, dopo l'immissione sul mercato di un OGM, non effettua il monitoraggio e la relativa relazione alle condizioni indicate nel provvedimento di autorizzazione rilasciato dall'autorità nazionale competente o dalla autorità competente di altro Stato membro della Comunità europea ovvero non invia all'autorità nazionale competente la relazione concernente il monitoraggio, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 7.800 ad euro 25.900» (comma 8). «Chiunque non osserva i provvedimenti, adottati ai sensi dell'articolo 25, che limitano o vietano temporaneamente l'immissione sul mercato, l'uso o la vendita sul territorio nazionale di un OGM, è punito con l'arresto sino a due anni o con l'ammenda sino ad euro 51.700» (comma 9). «Chiunque, nell'ipotesi prevista dall'articolo 30, comma 2, non comunica alle regioni e alle province autonome competenti per territorio, entro quindici giorni dalla messa in coltura, la localizzazione delle coltivazioni degli OGM o non conserva per dieci anni le informazioni relative agli OGM coltivati ed alla localizzazione delle coltivazioni, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 6.000 a euro 12.000» (comma 10).

180. Maggiori ragguagli in VAGLIASINDI, *Legittimità ed effettività*, cit., 286 ss.

IV (*Relazione con il decreto legislativo 8 luglio 2003, n. 224*), composto dal solo art. 8 che come già visto¹⁸¹, richiamando le disposizioni di cui all'art. 36 del d.lgs. n. 224/2003, prevede un'ipotesi contravvenzionale costruita su un evento di danno.

L'art. 2¹⁸² prevede delle ipotesi contravvenzionali, sanzionate con la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda, concernenti l'immissione in commercio di OGM destinati all'alimentazione umana in difetto dell'autorizzazione prescritta (comma 1) o dopo che la stessa sia stata rifiutata, revocata o sospesa (comma 2), l'immissione sul mercato dopo la scadenza dell'autorizzazione, ovvero dopo il rifiuto, la revoca o la sospensione del rinnovo dell'autorizzazione (comma 3)¹⁸³.

L'art. 3 prevede, invece, altre due figure contravvenzionali correlate al regime transitorio dei prodotti già immessi legalmente in commercio prima dell'entrata in vigore del Reg. (CE) n. 1829/2003¹⁸⁴.

Nel capo III, riguardante le violazioni relative ai mangimi geneticamente modificati, sono previste contravvenzioni del tutto speculari a quelle contenute nel capo II. In particolare, l'art. 5 prevede, ai commi 1, 2 e 3, delle figure contravvenzionali strutturalmente simmetriche a quelle considerate dall'art. 2: a differenza di quest'ultima disposizione le condotte si riferiscono ai mangimi geneticamente modificati. L'art. 6 prevede due ipotesi contravvenzionali strutturalmente speculari a quelle previste dall'art. 3, in particolare si sanziona il mancato rispetto dei provvedimenti adottati dalla Commissione relativamente ai mangimi geneticamente modificati già immessi in commercio prima dell'entrata in vigore del Reg. (CE) n. 1829/2003.

Dopo questa rapida rassegna delle fattispecie contravvenzionali costruite sul profilo autorizzatorio, tutte punite con la pena alternativa dell'arresto e dell'ammenda¹⁸⁵, e volte a sanzionare le violazioni delle procedure, o comunque l'inosservanza di obblighi di tipo formale, è possibile procedere con delle brevi osservazioni sulla tecnica di tutela adoperata dal legislatore.

Le suddette fattispecie, come sottolineato in dottrina, possono suddividersi in tre categorie. Nella prima troviamo le disposizioni volte alla tutela del procedimento in quanto tale. Essa comprende il divieto di effettuare emissioni o immissioni di OGM nell'ambiente senza la previa notifica ed autorizzazione o in mancanza di rinnovo di quest'ultima. La seconda concerne le disposizioni incentrate sul rispetto del provvedimento, esito concreto del procedimento. Si pensi all'obbligo del notificante di rispettare

181. V. *supra* nel corpo del testo, nonché nota 171.

182. Si riporta a seguire il testo dell'art. 2 (*Disciplina sanzionatoria per le violazioni previste agli articoli 4, 7, 9, 10 e 11 del regolamento*): «Chiunque immette in commercio un OGM destinato all'alimentazione umana o un alimento di cui all'articolo 3, paragrafo 1, del regolamento, senza che per esso sia stata rilasciata l'autorizzazione ai sensi della sezione I del capo II del regolamento medesimo, è punito con l'arresto da sei mesi a tre anni o con l'ammenda fino ad euro cinquantunomilasettecento» (comma 1). «Se l'immissione in commercio avviene dopo che l'autorizzazione è stata rifiutata, revocata o sospesa, si applica l'arresto da uno a tre anni o l'ammenda fino ad euro sessantamila» (comma 2). «Chiunque, dopo il rilascio dell'autorizzazione all'immissione in commercio di un OGM destinato all'alimentazione umana o di un alimento di cui all'articolo 3, paragrafo 1, del regolamento, senza che sia stata presentata, ai sensi dell'articolo 11 del regolamento, la domanda di rinnovo dell'autorizzazione, continua, dopo la scadenza della stessa, ad immettere sul mercato l'OGM o l'alimento, ovvero continua ad immettere sul mercato l'OGM o l'alimento dopo che il rinnovo dell'autorizzazione è stato rifiutato, revocato o sospeso, è punito, nel primo caso, con le pene di cui al comma 1, nel secondo caso, con le pene di cui al comma 2» (comma 3). «Chiunque immette in commercio un OGM destinato all'alimentazione umana o un alimento di cui all'articolo 3, paragrafo 1, del regolamento, senza rispettare le condizioni o le restrizioni stabilite nell'autorizzazione o nel rinnovo dell'autorizzazione, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro settemilaottocento ad euro quarantaseimilacinquecento» (comma 4). «Chi, dopo l'immissione in commercio di un OGM destinato all'alimentazione umana o di un alimento di cui all'articolo 3, paragrafo 1, del regolamento, non effettua il monitoraggio eventualmente imposto dall'autorizzazione, o non presenta alla Commissione le relative relazioni, alle condizioni indicate nell'autorizzazione medesima, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro settemilaottocento ad euro venticinquemilannovecento» (comma 5). «Chi, dopo l'ottenimento della autorizzazione all'immissione in commercio di un OGM destinato all'alimentazione umana o di un alimento di cui all'articolo 3, paragrafo 1, del regolamento e l'immissione in commercio degli stessi, disponendo di nuove informazioni scientifiche o tecniche suscettibili di influire sulla valutazione della sicurezza nell'uso dei medesimi, non informa immediatamente la Commissione, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro settemilaottocento ad euro quarantaseimilacinquecento» (comma 6).

183. Per un'analisi delle singole fattispecie, v. CORBETTA, *op. ult. cit.*, 2285 ss.; C. PERINI, *op. ult. cit.*, 283 ss.

184. In particolare, è previsto l'arresto da sei mesi a tre anni o l'ammenda fino a euro 51.700 nei confronti di chi non ottempera al provvedimento adottato dalla Commissione ai sensi dell'art. 8, par. 6, del Reg. (CE) n. 1829/2003, il quale dispone il ritiro dal mercato di un prodotto e dei suoi eventuali derivati (comma 1); inoltre, viene punito con l'arresto da uno a tre anni o con l'ammenda fino a euro 60.000 chi mantiene sul mercato un alimento geneticamente modificato dopo il rigetto della notifica, presentata a norma dell'art. 8, par. 4, del Reg. cit. (comma 2).

185. È applicabile pertanto l'art. 162-bis c.p. V. *supra* nota 166.

il rifiuto o la revoca del provvedimento autorizzatorio o del rinnovo ovvero il provvedimento che prescrive modifiche alle modalità dell'emissione adottato dalle autorità competenti in caso di emersione di nuovi rischi. Nella terza categoria rientrano le disposizioni inerenti all'obbligo, gravante sull'operatore, di adottare le misure urgenti e «necessarie» laddove si venga a disporre di nuove informazioni sui rischi per la salute e per l'ambiente nella fase *post market*¹⁸⁶.

Si tratta di fattispecie poste *immediatamente* a tutela delle procedure di gestione (*melius* co-gestione) del rischio.

Per una maggiore comprensione del loro reale profilo offensivo, è opportuno ricordare che con gli OGM siamo dinanzi ad un tipico *rischio da ignoto*. Il momento autorizzatorio non può pertanto essere fondato su parametri di valutazione tecnica *preventivamente* definiti. In sostanza, il rispetto delle procedure non garantisce la salvaguardia della salute e dell'ambiente, poiché allo stato non si conoscono i reali effetti, soprattutto a media e lunga durata, degli OGM sull'uomo e sull'ambiente. Si tratta, pertanto, di autorizzazioni dalla natura discrezionale: per la loro concessione mancano infatti condizioni prestabilite dalla legge¹⁸⁷. Il bilanciamento fra i vari interessi in gioco è sostanzialmente catalizzato all'interno del procedimento, nel quale attraverso procedure di una certa complessità intervengono diversi soggetti: le autorità nazionali, le autorità europee, i soggetti interessati all'impiego o commercializzazione delle biotecnologie, la società civile, la quale può «partecipare» attraverso alcune procedure di «democratizzazione» dell'istruttoria¹⁸⁸. A ben vedere, si tratta di un bilanciamento degli interessi in gioco fondato su aspetti *politici* piuttosto che scientifici. Sullo sfondo del procedimento campeggia un complesso «gomitolo» di interessi, sia di natura economica, sia di tipo tecnico, che politico, «da cui non è avulsa la percezione sociale del rischio»¹⁸⁹. Ci sembra che la procedura amministrativa di «co-gestione» o «coamministrazione»¹⁹⁰ del rischio, che vede coinvolti le autorità comunitarie, quelle nazionali, ed infine i consumatori, sia in sostanza un'altra disciplina connotata essenzialmente da forti elementi simbolici legati ad istanze di assicurazione sociale o di stabilizzazione emotiva del senso collettivo di insicurezza.

Il modello a «liceità condizionata», costruito su una serie di prescrizioni comportamentali di carattere precauzionale, è avulso da una logica di tutela anticipata, sia pure mediata, di beni giuridici¹⁹¹. Le fattispecie in esame, presidiando le procedure di gestio-

186. CONSORTE, *op. ult. cit.*, 489 s., che tra l'altro non manca di evidenziare alcuni profili di irragionevolezza circa la «diversificazione del trattamento sanzionatorio» (*op. ult. cit.*, 494 ss.); GARGANI, *op. ult. cit.*, 542.

187. Sulle questioni problematiche poste dal modello autorizzatorio in tema di OGM sul piano del principio di legalità, rimandiamo a VAGLIASINDI, *Legittimità ed effettività*, cit., in part. 297 ss.

188. Per l'individuazione delle diverse e complesse procedure previste dalla normativa, rinviando a CONSORTE, *op. ult. cit.*, 478 ss.; ID., *Ogm e diritto penale*, in FOFANI-DOVAL PAÍS-CASTRONUOVO, a cura di, *La sicurezza alimentare nella prospettiva europea. Precauzione, prevenzione e repressione*, Atti del Convegno internazionale di Modena del 3-5 novembre 2011, Milano, in corso di pubblicazione, § 3.1 del dattiloscritto; CORBETTA, *op. ult. cit.*, 2275 ss., 2292 ss.; VAGLIASINDI, *Legittimità ed effettività*, cit., 252 ss., 260 ss., spec. 272 ss.; v. pure GALASSO, *Il principio di precauzione nella disciplina degli OGM*, Torino, 2006, 13 ss., 67 ss.; L. MARINI, *Il principio di precauzione*, cit., 289 ss., 302 ss.

Per alcuni esempi di procedure che, almeno sulla carta, prevedono alcuni meccanismi di «democratizzazione» dell'istruttoria, v. l'art. 11, del d.lgs. n. 206/2001, l'art. 12 del d.lgs. n. 224/2003 e l'art. 6, par. 7, del Reg. (CE) n. 1829/2003. In generale, sulle difficoltà di garantire ai cittadini un adeguato accesso alle informazioni tecniche sui rischi e pertanto un'adeguata partecipazione alle decisioni sulla gestione dei rischi, rimandiamo a quanto già osservato *supra* par. 1.

189. CONSORTE, *L'intervento penale nel settore degli organismi geneticamente modificati*, cit., 492-493.

190. CORBETTA, *op. ult. cit.*, 2293.

191. CONSORTE, *op. ult. cit.*, 492 s.; nello stesso senso GARGANI, *op. ult. cit.*, 543, il quale sottolinea come i reati di mera condotta in esame, considerati «meri illeciti precauzionali», si pongano fuori da una logica di tutela anticipata di beni a titolarità diffusa. L'A. evidenzia, tra l'altro, che la loro «incommensurabilità e 'distanza' rispetto al piano dell'offesa sono comprovate dai livelli edittali», nonché dalla possibilità di azionare meccanismi alternativi di definizione (v. art. 162-bis c.p.; nonché art. 21 del d.lgs. n. 206/2001, il quale prevede l'applicazione del meccanismo estintivo e «ripristinatorio» di cui agli artt. 19 e segg. della legge n. 758/1994 in materia di sicurezza del lavoro, con riferimento alle contravvenzioni di cui all'art. 20 dello stesso d.lgs.).

In senso diverso, v. CORBETTA, *op. ult. cit.*, 2291, il quale ritiene che la tutela del procedimento sia, invece, strumentale alla tutela della salute collettiva. L'A., tra l'altro, manifesta serie perplessità sia sulla previsione di una pena alternativa per la repressione dell'immissione in commercio di OGM destinati all'alimentazione, sia sul mancato coinvolgimento della persona giuridica che, infine, sulla mancata previsione di pene accessorie «serie» (*op. ult. cit.*, 2296 ss., 2298 s.).

ne del rischio, finiscono per tutelare una mera *funzione di controllo*, da parte delle istituzioni europee e nazionali, delle attività *sospettate* di irreparabili potenzialità lesive¹⁹². La mancanza di presupposti nomologici su cui basare la pericolosità degli OGM annulla sul nascere ogni relazione percettibile fra disciplina “autorizzatoria” e tutela dei beni della salute e dell’ambiente, realizzando in sostanza un fenomeno di “disancoramento” dai beni giuridici rilevanti. Per tale ragione sembra che le condotte individuate esauriscano il proprio significato nel mero momento della disobbedienza. Non è, infatti, possibile desumere dalla disobbedienza delle procedure “cautelari” l’attitudine lesiva rispetto ai beni in gioco. Nel caso di specie, non rileva infatti una logica di pericolo astratto, la cui struttura, come già visto, possiede comunque una base eziologica che, seppur *potenziale*, è pur sempre fondata su evidenze scientifiche o su regole di esperienza, oppure sull’*id quod plerumque accidit*.

In altri termini, non esiste un nesso eziologico, neanche *potenziale*, tra inosservanza delle regole cautelari-procedurali e pericolo per i beni salute ed ambiente.

Si tratta, pertanto, di veri e propri illeciti penali precauzionali, estremamente *formalizzati*, «auto-referenziali», «espressione di un diritto penale del sospetto»¹⁹³.

Ciò vale, non solo per le fattispecie costruite sulla mancanza di autorizzazione, ma anche per quelle costruite sulla violazione delle prescrizioni contenute nell’autorizzazione e per quelle costruite sull’obbligo di adottare le misure «necessarie» per tutelare la salute e l’ambiente, in caso di nuove acquisizioni sui rischi¹⁹⁴. Il contenuto delle prescrizioni amministrative, in un ambito come quello degli OGM, non può essere fondato su valutazioni nomologicamente fondate: tra la rispondenza della condotta e la tutela dei beni rilevanti non può che esserci uno scarto, non potendosi ravvisare nell’inosservanza delle prescrizioni un’attitudine lesiva per la salute. Per quanto riguarda la terza categoria di fattispecie, ossia quelle costruite sull’obbligo di adottare le misure necessarie in caso di conoscenze sopravvenute¹⁹⁵, non può non evidenziarsi, tra l’altro, un grave *deficit* di determinatezza. In un contesto di incertezza scientifica di fondo, è troppo discrezionale valutare quali siano «tutte le misure necessarie»¹⁹⁶ per la tutela della salute e dell’ambiente¹⁹⁷.

Nel caso degli OGM, considerato il grado di significatività “offensiva” emergente, ci sembra che in una prospettiva *de jure condendo* sia preferibile l’adozione di un modello basato esclusivamente su sanzioni amministrative, pecuniarie ed interdittive, destinate

Valuta in senso problematico la previsione di sanzioni penali con riferimento alla violazione di provvedimenti amministrativi, in mancanza di una base scientifica che legittimi l’adozione delle relative cautele, DONINI, *Il volto attuale*, cit., 121 s.

192. Sulla dicotomia fra “tutela di beni” e “tutela di funzioni” v. i contributi citati *supra* nota 95.

In generale, considera la *funzione di controllo* un interesse *strumentale* alla tutela di beni, DONINI, *Modelli di illecito penale minore*, cit., 246. Lo stesso A., comunque, avverte l’esigenza di precisare che laddove si sia dinanzi ad «interessi così procedurali [...] da risultare troppo distanti da un bene-oggetto di rilevanza penalistica, che è mero travestimento estetico di irregolarità, trasgressioni, etc.», e quindi non reinterpretabili in chiave di offesa, dovrebbero prevedersi solo illeciti di tipo amministrativo (*op. loc. ult. cit.*). Sulla difficoltà di inquadrare le fattispecie costruite sull’inosservanza di regole preventivo-cautelari nella categoria della tutela di mere funzioni, v. ID., *op. ult. cit.*, 247 ss.

193. Le espressioni utilizzate nel testo sono di GARGANI, *op. ult. cit.*, 543. Cfr. CONSORTE, *op. ult. cit.*, 497; si veda pure PIERGALLINI, *Danno da prodotto*, cit., 516 ss., che, nell’ambito della ricostruzione degli «illeciti di rischio», riconduce le fattispecie previste per l’impiego confinato di microrganismi geneticamente modificati (d.lgs. n. 2006/2001) nello schema delle *norme di comportamento*. L’A. ritiene si tratti di norme “scommessa” dal contenuto offensivo “diafano”.

Critico, fra gli altri, rispetto alla traduzione del principio di precauzione in divieti penali, DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale*, cit., 120 ss. L’A. condivisibilmente sottolinea l’irragionevolezza della scelta «di criminalizzare un comportamento sulla base della non conoscenza della sua pericolosità e della sua efficienza eziologica [...]».

194. Le fattispecie costruite sullo schema della mancanza dell’autorizzazione destano tensioni sul versante dell’offensività già in contesti non caratterizzati da “deficit nomologici”. V. sul punto, ad es., VALLINI, *Antiche e nuove tensioni*, cit., 168, il quale evidenzia, in una prospettiva generale, come «il carattere abusivo della condotta non ne esprime necessariamente la pericolosità per gli interessi in gioco». Tali fattispecie presentano «un legame “meno intenso”, se non addirittura meramente eventuale, con i “beni giuridici” rilevanti, giacché la tipicità non si relaziona necessariamente con un superamento dei limiti del “rischio consentito” (per così dire), se non altro perché tali limiti non sono stati ancora valutati dalla pubblica amministrazione con riferimento al caso di specie» (*op. loc. ult. cit.*).

195. Cfr. art. 35, comma 6, d.lgs. n. 224/2003, nonché art. 34, comma 5, stesso d.lgs., entrambi *supra* rispettivamente nota 179 e nota 178.

196. Cfr. art. 35, comma 6, d.lgs. n. 224/2003.

197. Cfr. sul punto VAGLIASINDI, *op. ult. cit.*, 317.

direttamente alla persona giuridica, la quale nella logica della disciplina predisposta in sede comunitaria e nazionale si pone quale destinataria privilegiata delle prescrizioni “cautelative”¹⁹⁸.

5

RIFLESSIONI CONCLUSIVE: ALCUNE CONSIDERAZIONI IN PROSPETTIVA

DE JURE CONDENDO

Il diritto penale è in costante tensione fra le istanze di difesa sociale e le esigenze di tutela della libertà individuale. Fin dall’inizio di questo lavoro, abbiamo visto come tale contrapposizione risulta ancora più accesa nelle società attuali, in cui l’orientamento al rischio diviene, con sempre maggiore incisività, parametro di organizzazione e governo delle relazioni umane (*supra* par. 1). La grave crisi dei paradigmi politici, giuridici, economici, propri degli assetti statuali neo-liberali ha comportato un progressivo aumento delle istanze di sicurezza all’interno della società. Anche il diritto penale non è rimasto immune a tale fenomeno, recependo via via istanze securitarie in diversi settori, tra cui quello alimentare.

Come abbiamo visto, il settore della sicurezza alimentare rappresenta un importante banco di prova per la comprensione del processo di “flessibilizzazione” delle classiche categorie penalistiche e del complesso fenomeno di anticipazione della tutela penale¹⁹⁹. Se da una parte, l’applicazione al settore alimentare di processi industriali, sia di produzione che di distribuzione, sempre più complessi, con il conseguente incremento della manipolazione dei prodotti alimentari, talvolta tramite tecniche dagli effetti poco noti, ha provocato un tendenziale aumento dei rischi connessi al consumo del cibo, dall’altro, la scienza sempre più spesso incontra difficoltà a fornire postulati scientifici spendibili per la comprensione delle serie causali rilevanti: emblematico, a tal proposito, il caso degli OGM, appena affrontato nel paragrafo precedente.

Considerato lo stretto legame intercorrente fra qualità degli alimenti e salute umana, l’approccio del legislatore penale, in una materia “sensibile” come quella della sicurezza alimentare, non può che essere legato al ricorso a tecniche di tutela a forma anticipata. Così, in un’ottica *preventiva*, se un primo livello di tutela guarda al *pericolo* (fattispecie del c.p.), un secondo livello guarda al *rischio* (art. 5 e 6 l. n. 283/1962). In particolare, le fattispecie dell’art. 5 della legge n. 283/1962 mirano tendenzialmente ad evitare di *esporre a rischio* la salute, prendendo come referente immediato la sicurezza e qualità degli alimenti. Sotto il versante della struttura offensiva, ci è sembrato, nel complesso, un impianto equilibrato per gli stadi *progressivi* e più o meno *integrati* (e *complementari*) di tutela, anche se, come vedremo, è possibile inserire alcuni correttivi per attribuire ad alcune fattispecie contravvenzionali una più delineata carica offensiva²⁰⁰.

Il rischio, come già chiarito, assume una duplice connotazione. Se la più sperimentata logica della prevenzione tende alla eliminazione o quantomeno alla riduzione di rischi nomologicamente noti, la più innovativa logica della precauzione si interessa dei rischi che allo stato delle conoscenze nomologiche non possono escludersi. Sotto questo versante, abbiamo evidenziato nel corso della ricerca i caratteri significativi delle fattispecie orientate alla più sperimentata logica preventiva e di quelle, di matrice più moderna, ispirate al principio di precauzione. Sono emersi, soprattutto con riferimento agli illeciti “precauzionali”, diversi profili di tensione con i principi penalistici, specialmente con quello di offensività: la logica “retrospettiva” e “certa” del diritto penale mal si concilia con quella “prospettica” ed “ipotetica” del principio di precauzione. Per tale ragione ci è sembrato problematico l’utilizzo del diritto penale in contesti di predominante

198. In una prospettiva diversa, da ultimo, valutano favorevolmente l’inserimento delle fattispecie in materia di OGM tra i reati presupposto per la responsabilità degli enti: CONSORTE, *Ogm e diritto penale*, cit., § 10 del dattiloscritto; VAGLIASINDI, *op. ult. cit.*, 307.

199. Cfr. DONINI, *Selettività e paradigmi della teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 373 nota 35, che sottolinea come il diritto penale alimentare con le sue «sperimentazioni legislative» offra diversi spunti di grande interesse «per apprezzare la complessità del fenomeno del pericolo astratto e concreto».

200. In una prospettiva di riforma, bisognerebbe, tra l’altro, risolvere alcune questioni inerenti alla convergenza tra norme: v. sul punto quanto già osservato *supra* parr. 3 e 4.1.

incertezza nomologica e ci è parsa più ragionevole, in una prospettiva *de jure condendo*, l'adozione di modelli di natura amministrativa. In particolare, nel caso dei limiti-soglia ci è sembrato si possano valorizzare modelli di natura ingiunzionale, in cui il diritto penale, in una logica di *extrema ratio*, assume un ruolo "accessorio" (*supra* par. 4.2). Nell'ambito della disciplina degli OGM, che certamente è quella maggiormente permeata da logiche precauzionali, è preferibile valorizzare esclusivamente modelli di natura amministrativa, prevedendo sanzioni pecuniarie ed interdittive destinate direttamente alla persona giuridica (*supra* par. 4.3).

Con riferimento ai livelli di tutela *preventiva* sarebbe, invece, auspicabile l'introduzione della responsabilità da reato della persona giuridica²⁰¹. Infatti, «si tratta di un livello di responsabilizzazione *criminologicamente* indispensabile per queste tipologie di illecito»²⁰². Tale limite dovrebbe essere colmato al più presto.

Per quanto concerne le fattispecie contravvenzionali *preventive* previste dalla legge n. 283/1962, come già anticipato, riteniamo opportuni alcuni interventi legislativi correttivi, al fine di attribuire una maggiore caratura offensiva ad alcune ipotesi che si pongono in un'ottica di tutela troppo avanzata. In particolare, sotto tale versante, le ipotesi più problematiche ci sembrano quella delle sostanze alimentari in cattivo stato di conservazione (art. 5, lett. b) e quella delle sostanze alimentari insudiciate (art. 5, lett. d)²⁰³.

Per quanto riguarda la prima, abbiamo visto come essa, in un'avanzata logica *preventiva*, miri ad evitare di *esporre a rischio l'igiene* degli alimenti (v. *supra* par. 4.1). Tale fattispecie, in una prospettiva *de jure condendo*, potrebbe essere arricchita con ulteriori parametri di lesività, o indici di pericolosità, sia oggettivi, come ad esempio la ripetizione della condotta (clausole di ripetizione o abitualità dell'illecito), che soggettivi (colpa grave, dolo)²⁰⁴.

Anche la fattispecie dell'insudiciamento necessiterebbe di un arricchimento della caratura offensiva, mediante l'inserimento di ulteriori parametri di lesività. L'insudiciamento, infatti, inteso come presenza sul prodotto alimentare «di corpi estranei idonei ad alterarne la purezza o l'igienicità»²⁰⁵, fuori dai "casi facili", come ad esempio la presenza sul cibo di una mosca²⁰⁶, potrebbe porsi ad un livello di rischio troppo rarefatto. In particolare, il giudizio di idoneità anticipa la tutela fino a ricomprendere, potenzialmente, nell'ambito operativo della fattispecie, casi che si limitano ad *esporre a rischio l'igiene*. Si pensi, ad esempio, al caso, non infrequente, in cui siano servite in un ristorante vongole con alcuni granelli di sabbia. In tali casi "al limite", in cui il rischio appare davvero rarefatto, si potrebbe giungere alla tutela di un sentimento, o meglio alla tutela della persona a non provare disgusto, o quantomeno emozioni sgradite, oppure alla tutela dell'*ethos*

201. Con riferimento al primo livello di tutela (v. *supra* par. 3), il d.lgs. n. 231/2001, che contiene la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, allo stato, prevede delle sanzioni, pecuniarie ed in taluni casi anche interdittive, solo con riferimento ai delitti contro l'industria e il commercio: cfr. l'art. 25-bis.1, introdotto dall'art. 15, comma 7, lett. b), della legge 23 luglio 2009, n. 99.

202. DONINI, *Modelli di illecito penale minore*, cit., 322.

203. La lett. a) dell'art. 5 essendo costruita anche su un momento di "fraudolenza" della condotta possiede, in generale, una maggiore caratura offensiva.

204. Sul punto, di grande rilevanza il contributo di DONINI, *Modelli di illecito penale minore*, cit., 296, 329 s. L'A. propugna, in una prospettiva *de jure condendo*, l'adozione di un illecito penale minore non contravvenzionale, un delitto «a struttura preventiva», quale modello privilegiato di reato *preventivo*, caratterizzato da maggiore lesività concreta rispetto alle attuali contravvenzioni in materia alimentare (*op. ult. cit.*, 287 ss.). Egli avverte che, in una siffatta strategia, il mantenimento delle "vecchie" contravvenzioni «si potrebbe giustificare solo come soluzione temporanea ed *extra codicem*, dipendente dall'impossibilità di una tutela amministrativa adeguata» (*op. ult. cit.*, 258, 326 ss.). Se è vero che la materia della tutela della salute pubblica potrebbe efficacemente essere soggetta ad una riforma "di sistema", che, tra l'altro, valuti a monte il significato stesso della dicotomia delitti-contravvenzioni, è altrettanto vero che una tale opzione politico-criminale necessiterebbe di tempi più lunghi di realizzazione, coinvolgendo questioni "radicali" attinenti alla stessa coerenza intrasistemica del diritto penale. Lo stesso DONINI, *op. ult. cit.*, 326 s., è ben consapevole che la completa realizzazione di un'opera di "ricodificazione", come quella da lui proposta, è un'operazione «destinata, se ci sarà la volontà politica, a conoscere un percorso lungo, costellato di insidie e anche di soluzioni apparenti». In una prospettiva a breve termine, si potrebbe intanto intervenire inserendo dei correttivi nell'ambito delle singole fattispecie più problematiche sotto il profilo dell'offensività, prevedendo peraltro la responsabilità degli enti. Inoltre, come vedremo meglio nel testo, si potrebbe inserire una fattispecie che miri a colpire le condotte di commercio all'ingrosso di sostanze alimentari in cattivo stato di alterazione, insudiciate, invase da parassiti, in stato di alterazione o comunque nocive, ovvero sottoposte a lavorazioni o trattamenti diretti a mascherare un preesistente stato di alterazione.

205. V. per tutti Cass., sez. III, 15.6.2000, cit., corsivo aggiunto.

206. Caso deciso da Cass., sez. III, 22.6.2010, cit. La presenza di più mosche in un alimento potrebbe rientrare nell'ipotesi dell'invasione da parassiti: v. *supra* par. 4.1, nota 114.

del consumatore di cibo, o meglio della sua sfera di tranquillità o della serenità dei pasti, con tutte le implicazioni problematiche che una tale scelta di incriminazione comporta sul piano dell'offensività.

Una soluzione che ci pare equilibrata potrebbe essere anche quella di inserire, nell'ambito operativo delle fattispecie di cui all'art. 5 della legge n. 283 del 1962, una clausola generale di non punibilità per esiguità o irrilevanza penale del fatto²⁰⁷. Così facendo, laddove in concreto l'esposizione al rischio si atteggi in termini più rarefatti, il giudice avrebbe a disposizione un idoneo strumento *equitativo* o di *connotazione giudiziale*²⁰⁸.

Nell'ambito del primo livello di tutela, ossia quello delle fattispecie codicistiche, concludendo, ci limitiamo a segnalare, senza entrare nel merito delle possibili riforme dei delitti sulla salute pubblica²⁰⁹, la necessità dell'introduzione di una fattispecie che sanzioni le condotte dolose di importazione, esportazione, stoccaggio, trasporto, detenzione per la vendita, vendita o distribuzione nelle forme o per finalità di commercio all'ingrosso di sostanze alimentari in cattivo stato di conservazione, insudiciate, invase da parassiti, in stato di alterazione o comunque nocive, ovvero sottoposte a lavorazioni o trattamenti diretti a mascherare un preesistente stato di alterazione²¹⁰. Una tale previsione colmerebbe una lacuna piuttosto evidente nell'assetto generale della tutela penale degli alimenti, finendo per colpire condotte – tra l'altro riconducibili a forme di criminalità organizzata – che dal punto di vista criminologico vanno assumendo una sempre maggiore rilevanza per la frequenza di episodi di frodi commerciali e altre violazioni in materia di sicurezza alimentare commesse “su larga scala”. Tale fattispecie punirebbe fatti sostanzialmente assimilabili a quelli previsti dall'art. 5, lett. d), della legge n. 283 del 1962, commessi in una dimensione “sistematica” ed “organizzata”, considerato che si inserirebbero in un contesto di vasta scala. In altri termini, il commercio all'ingrosso tratteggia una direzione offensiva più ampia e profonda, che legittimerebbe la previsione di una sanzione di natura delittuosa.

207. Cfr. DONINI, *Modelli di illecito penale minore*, cit., 329-330.

208. Sul potere-dovere di connotazione giudiziale sia consentito rinviare a TUMMINELLO, *Il volto del reo*, cit., 39 ss., con richiami.

209. V. ad es. le proposte contenute in DONINI, *Il progetto di riforma*, cit., 4457 ss.

210. Cfr. l'art. 6 dell'*ipotesi di articolato* (Schema di disegno di legge: “Disposizioni in materia di sicurezza alimentare”), in DONINI, *Il progetto di riforma*, cit., 4478. Il suddetto progetto di riforma è apprezzabile, tra l'altro, anche per la previsione di una fattispecie delittuosa di “omesso ritiro di sostanze alimentari pericolose” (v. art. 5 dell'*ipotesi di articolato*, cit., 4478). In particolare si tratta di una fattispecie omissiva di natura necessariamente dolosa, il cui elemento costitutivo consiste nel *pericolo per la consumazione* del prodotto alimentare, quale presupposto necessario di un obbligo di fare. Una fattispecie siffatta non dovrebbe operare in contesti di rischio nomologicamente ignoto.

Il reato di “pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili” alla prova della giurisprudenza: un commento alla prima (e finora unica) applicazione giurisprudenziale dell’art. 583 *bis* c.p.

*Nota a Corte d’Appello di Venezia, 23 novembre 2012
(dep. 21 febbraio 2013), n. 1485*

SOMMARIO

1. I CASI DI SPECIE E LA SENTENZA DI PRIMO GRADO. – 2. I MOTIVI DI APPELLO PROPOSTI DAGLI IMPUTATI. – 3. IN PARTICOLARE, I MOTIVI DI APPELLO CONCERNENTI LA “MALATTIA” E IL “TENTATIVO”. – 4. IN PARTICOLARE, IL MOTIVO DI APPELLO CONCERNENTE IL “DOLO SPECIFICO” NELLE SUE IMPLICAZIONI CON LE MOTIVAZIONI CULTURALI DELLA ARUÈ DEGLI EDO-BINI NIGERIANI. – 5. IN PARTICOLARE, IL MOTIVO DI APPELLO CONCERNENTE L’“IGNORANTIA LEGIS”. – 6. ALCUNE CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE: QUANDO PUNIRE NON BASTA.

1 - 1.1

I CASI DI SPECIE E LA SENTENZA DI PRIMO GRADO

La sentenza della Corte d’Appello di Venezia, qui commentata¹, merita, ad avviso di chi scrive, grande attenzione: essa riguarda, infatti, il primo – e, per quanto ci è noto, finora unico – caso in relazione al quale i giudici italiani si sono dovuti confrontare con l’applicazione del ‘nuovo’ art. 583 *bis*² (“Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili”)³, ribaltando, peraltro, l’esito processuale al quale, su tale caso, era pervenuta la sentenza di condanna di primo grado del Tribunale di Verona del 14 aprile del 2010⁴.

1. Corte d’Appello di Venezia 23 novembre 2012 (dep. 21 febbraio 2013), n. 1485.

2. Gli articoli di legge qui citati senza ulteriore specificazione sono tratti dal codice penale.

3. L’art. 583 *bis* è stato introdotto dalla l. 9 gennaio 2006, n. 7. Per un commento a tale nuova fattispecie di reato, v., anche per ulteriori rinvii, FORNASARI, *Mutilazioni genitali e pratiche rituali nel diritto penale*, in CANESTRARI-FERRANDO-MAZZONI-RODOTÀ-ZATTI, *Il governo del corpo*, in *Trattato di biodiritto* (diretto da Rodotà e Zatti), Milano, 2011, pag. 715 ss.; BASILE, *Commento all’art. 583 bis*, in DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato*, III ed., Milano, 2011, pag. 5328 s. Prima della l. 7/2006 almeno tre casi di mutilazioni genitali femminili erano peraltro già giunti all’attenzione delle nostre corti:

- il *primo* si era concluso con un decreto d’archiviazione, richiesto dallo stesso P.M., per “mancanza di condizioni per legittimare l’esercizio dell’azione penale” (nella specie, alcuni medici avevano denunciato per lesioni personali gravissime i genitori nigeriani di una bambina che era stata sottoposta ad un intervento di asportazione parziale delle piccole labbra e del clitoride nel Paese d’origine; del procedimento penale avviato con tale denuncia si ha, peraltro, notizia solo indirettamente tramite la pronuncia, riguardante i profili civilistici del medesimo, emessa dal Tribunale per i minorenni di Torino 17 luglio 1997, s.n., in *Minori giustizia* 1999, pag. 140);

- il *secondo* caso, invece, si era concluso con una sentenza di condanna (per lesioni personali gravi, ex art. 583 co. 1 n. 2, consistenti nell’indebolimento permanente dell’apparato genitale) a carico di un immigrato egiziano che, in occasione di una vacanza in Egitto, aveva fatto amputare il clitoride alla figlia di dieci anni (Tribunale di Milano 25 novembre 1999, El Namr, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* 2000, pag. 148);

- il *terzo* caso, infine, relativo a fatti avvenuti nel 2002, vedeva imputata la stessa ostetrica tradizionale, protagonista degli episodi cui si riferisce la sentenza qui annotata, e si è concluso con sentenza del GUP di Verona 3 giugno 2008, dichiarativa dell’estinzione del reato per intervenuta prescrizione (la sentenza non è edita, ma è richiamata in estrema sintesi all’interno della sentenza qui annotata).

4. La sentenza del Tribunale di Verona può leggersi in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* 2010, pag. 209, nonché in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2011, pag. 838.

1.2

Oggetto della sentenza in esame sono due casi distinti, accomunati tuttavia, a livello fattuale, da molti tratti simili. Entrambi gli episodi, infatti, si sono verificati a Verona, a fine marzo 2006, e vedono come protagonisti alcuni cittadini nigeriani, appartenenti all'etnia degli Edo-bini: una donna, G.O., ostetrica in Nigeria ma priva di qualsiasi titolo per operare in quanto tale in Italia; una giovane nigeriana, madre della minore X, nata da due mesi all'epoca dei fatti; un giovane nigeriano, padre della minore Y, nata da due settimane all'epoca dei fatti⁵.

Ebbene, nel primo episodio la G.O., dietro compenso di 300 euro, praticava la c.d. *aruè* sulla minore X: un'incisione superficiale sulla faccia antero-superiore del clitoride, della lunghezza di circa 4 mm a decorso pressoché longitudinale, e della profondità di circa 2 mm⁶.

Nel secondo episodio la G.O., dietro promessa di un compenso di 300 euro, si recava, su richiesta del padre della minore Y, presso l'abitazione di questi, con una borsa contenente gli attrezzi per eseguire la *aruè* (forbici, siringhe, garze, cotone idrofilo, una pinza chirurgica, una boccetta di lidocaina e una di disinfettante) ma, appena le veniva aperta la porta di casa, intervenivano gli agenti di polizia, che già da qualche giorno seguivano i suoi spostamenti e avevano messo sotto controllo la sua utenza telefonica (gran parte delle indagini della polizia – sia detto per inciso – si erano infatti basate sulla intercettazione delle conversazioni telefoniche con le quali la G.O. aveva 'contrattato' luogo, tempo e compenso per effettuare i due predetti interventi di *aruè*).

1.3

All'esito delle indagini e del processo di primo grado, in relazione al primo episodio la G.O. veniva ritenuta responsabile del delitto di lesione degli organi genitali femminili di cui all'art. 583 *bis* co. 2, con l'attenuante della lesione di lieve entità (art. 583 *bis* co. 2 II pt.), riconosciuta prevalente rispetto alle aggravanti di aver commesso il fatto a danno di una minore, e per fini di lucro (art. 583 *bis* co. 3 I e II pt.). In concorso con la G.O. veniva altresì ritenuta responsabile del medesimo delitto anche la madre della minore X, con l'attenuante della lesione di lieve entità (art. 583 *bis* co. 2 II pt.) e con le attenuanti generiche (art. 62 *bis*), riconosciute prevalenti rispetto all'aggravante di aver commesso il fatto a danno di una minore (art. 583 *bis* co. 3).

In relazione al secondo episodio (quello della *aruè* concordata, ma non eseguita), la G.O. veniva ritenuta responsabile del tentativo del delitto di lesione degli organi genitali femminili di cui all'art. 583 *bis* co. 2, con un corredo di circostanze identico a quello riconosciute nel primo episodio. In concorso con la G.O. veniva altresì ritenuto responsabile del medesimo delitto tentato il padre della minore Y, con un corredo di circostanze identico a quello riconosciuto, nel primo episodio, nei confronti della madre della minore X.

La G.O. veniva, altresì, ritenuta responsabile del delitto di esercizio abusivo di una professione (nella specie, la professione sanitaria) ai sensi dell'art. 348⁷.

In definitiva, la G.O., ritenuto il vincolo della continuazione tra i vari delitti, veniva condannata alla pena di anni 1 e mesi 8 di reclusione; la madre della minore X veniva condannata alla pena di mesi 8 di reclusione; il padre della minore Y alla pena di mesi 4 di reclusione (pena ovviamente inferiore a quella della madre della minore X, essendo il

Per un commento ad essa, v. MIAZZI, *Il diverso trattamento giuridico delle modificazioni genitali maschili e femminili, ovvero: dai reati culturali ai reati coloniali*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* 2010, pag. 103 ss., nonché PECORELLA, *Mutilazioni genitali femminili: la prima sentenza di condanna*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2011, pag. 853 ss.

5. Segnaliamo che all'etnia degli Edo-bini appartenevano anche i genitori implicati nella vicenda decisa dal Tribunale di Torino del 1997, e riferita *supra*, nota 3. In quel caso, tuttavia, l'intervento effettuato era stato decisamente più invasivo: asportazione parziale del clitoride e delle piccole labbra.

6. Come apprendiamo dalla sentenza di primo grado (in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2011, pag. 848) e da quella di appello (pag. 46), *aruè* è il termine utilizzato dagli Edo-bini per indicare l'intervento qui descritto.

7. In linea di principio, tale reato avrebbe potuto essere contestato dal P.M. anche ai genitori delle due minori, a titolo di concorso di persone, così come è avvenuto nel caso, per certi versi simile, della circoncisione rituale maschile, del quale riferiamo *infra*, 5.3.

delitto rimasto solo a livello di il tentativo).

A tutti e tre gli imputati venivano infine concessi i benefici della sospensione condizionale della pena (artt. 163 ss.) e della non menzione della condanna (art. 175).

1.4

Sul complessivo trattamento sanzionatorio inflitto agli imputati dalla sentenza di primo grado – un trattamento, come si vede, decisamente mite – hanno inciso in maniera determinante due fattori.

In primo luogo, un'attenta e scrupolosa ricostruzione dell'effettiva entità della lesione inferta: in relazione al primo episodio – l'unico dei due in cui il delitto è giunto a consumazione, e sulla falsariga del quale è stato modellato il tentativo del secondo⁸ – erano state infatti eseguite plurime consulenze mediche, sulla scorta delle quali il giudice di prime cure riteneva provata “una lesione agli organi genitali da cui è derivata certamente una malattia, ma non anche, non essendovi riscontro in tal senso, un indebolimento permanente della sensibilità clitoridea”. Ciò consentiva di sussumere l'episodio nella fattispecie di cui al secondo comma dell'art. 583 *bis* – punita in termini decisamente meno gravi (reclusione da tre a sette anni) rispetto alle “mutilazioni” di cui al primo comma (reclusione da quattro a dodici anni) – ed altresì di concedere a tutti gli imputati l'attenuante ad effetto speciale della lesione di lieve entità di cui all'art. 583 *bis* co. 2 II pt.

Il secondo fattore che ha inciso favorevolmente sul trattamento sanzionatorio è stata una altrettanto attenta e scrupolosa ricostruzione delle motivazioni che avevano sorretto le condotte degli imputati, per ricostruire le quali la difesa aveva fatto sentire nel processo alcuni testi qualificati: un docente universitario di antropologia dell'educazione; una docente universitaria di pedagogia della mediazione; un sacerdote della Chiesa pentecostale, appartenente all'etnia degli Edo-bini, ma immigrato in Italia da circa vent'anni. Ecco, quindi, che in sede di commisurazione della pena la sentenza di primo grado riconosce che “nella valutazione del disvalore del fatto non si può non tenere conto, in favore degli imputati, delle motivazioni culturali e di rispetto delle tradizioni che li hanno spinti ad agire”, e nel concedere ai due genitori le attenuanti generiche valorizza, oltre alla loro incensuratezza e al buon comportamento processuale, “le ragioni della condotta (posta in essere sulla base di forti spinte culturali e radicate tradizioni etniche)”⁹.

1.5

Proprio in relazione alle *motivazioni culturali*¹⁰ della condotta degli imputati vedremo, peraltro, che la sentenza d'appello qui commentata compie un passo in avanti, dando fondamentale rilievo alle stesse, prima ancora che in sede di commisurazione della pena, già in sede di accertamento della sussistenza del reato (in particolare, dell'elemento soggettivo). Prima di analizzare tale ‘passo in avanti’ conviene, tuttavia, illustrare brevemente i motivi di appello proposti dagli imputati.

2 - 2.1

I MOTIVI DI APPELLO PROPOSTI DAGLI IMPUTATI

Contro la sentenza di condanna di primo grado presentano appello la madre della minore X e il padre della minore Y, non invece la terza imputata, cioè l'esecutrice materiale della *arué* (la cui posizione, peraltro, era la più compromessa, in quanto coinvolta

8. Nella sentenza di appello si legge, infatti, che la G.O. “si era recata presso la dimora dell'imputato (...) per effettuare sulla piccola [minore Y] lo stesso tipo di intervento svolto sulla [minore X]” (pag. 35; corsivo aggiunto).

9. Tribunale di Verona 14 aprile 2010, cit., pag. 852. Sulla possibilità che la motivazione culturale possa incidere *pro reo* in sede di commisurazione della pena, v., anche per ulteriori rinvii, BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010, pag. 424 ss.

10. Per un'ampia e documentata indagine sulle motivazioni culturali che possono stare alla base delle pratiche di mutilazione e/o lesione degli organi genitali femminili, v. BELLUCCI, *Consuetudine, diritti e immigrazione. La pratica tradizionale dell'escissione nell'esperienza francese*, Milano, 2012, pag. 3 ss., in part. pag. 77 ss.

in entrambi gli episodi e in quanto condannata anche per il reato di esercizio abusivo di una professione).

2.2

La madre della minore X presenta tre motivi di appello:

- insussistenza dell'elemento materiale del reato per mancanza di una "malattia" (si ricordi che l'art. 583 bis co. 2 richiede – sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 582 – la produzione di una lesione agli organi genitali femminili "da cui derivi una malattia nel corpo o nella mente");
- insussistenza dell'elemento soggettivo del reato per mancanza del dolo specifico, cioè del "*fine di menomare le funzioni sessuali*", espressamente richiesto dall'art. 583 bis co. 2;
- infine, ricorrenza di una *ignoranza inevitabile* della legge penale violata, con conseguente esclusione della colpevolezza.

2.3

Il padre della minore Y presenta a sua volta tre motivi di appello, due dei quali – insussistenza del dolo specifico e ricorrenza di un'ignoranza inevitabile – coincidenti con quelli dell'altra imputata; il terzo motivo d'appello, invece, è legato alle specificità del caso che lo vedeva coinvolto, e concerne l'*inconfigurabilità del tentativo* per mancanza tanto di atti idonei quanto di atti univoci.

2.4

Qui di seguito ci soffermeremo brevemente prima sui motivi d'appello peculiari a ciascuno dei due casi (*infra*, 3), e poi sui motivi di appello comuni ad entrambi (*infra*, 4 e 5).

3 - 3.1

IN PARTICOLARE, I MOTIVI DI APPELLO CONCERNENTI LA "MALATTIA" E IL "TENTATIVO"

La difesa della madre della minore X contesta la sussistenza di una *malattia* in quanto l'incisione praticata su sua figlia era stata effettuata sugli strati più superficiali del clitoride, interessando, pertanto, la sola mucosa esterna, e non anche i tessuti cutanei, e tanto meno quelli nervosi. Alla luce, quindi, della nozione di malattia accolta dalla più recente giurisprudenza di legittimità¹¹, nel caso di specie mancherebbero entrambi i requisiti da tale nozione richiesti: un'apprezzabile riduzione di funzionalità (non essendo state compromesse le funzioni del clitoride), e un fatto morboso in evoluzione (non necessitando la ricostituzione della mucosa clitoridea nemmeno di un processo di cicatrizzazione, dal momento che – così sostiene la difesa – le mucose, per loro stessa natura, si rimarginano per una sorta di ricongiungimento 'spontaneo' dei due lembi recisi).

La Corte d'Appello, tuttavia, respinge tale motivo, non solo perché esso si basa su una lettura scorretta delle conclusioni illustrate dai consulenti (nessuno dei quali aveva, in realtà, negato la necessità di una "riepitelizzazione del tessuto leso"¹², quindi di un processo di sostituzione del tessuto originario con un tessuto nuovo, pur trattandosi di un tessuto mucoso), ma anche perché, comunque, è stata, sia pur temporaneamente, "indebolita la funzione che la mucosa del clitoride garantisce (...), afferente alla protezione e alla tutela da agenti esterni, potenzialmente nocivi, di una zona anatomica particolarmente delicata, quale quella degli organi genitali esterni"¹³.

11. V., da ultimo, Cass. Sez. V, 11 giugno 2009 (dep. 16 ottobre 2009), Lazzarino, n. 40428, CED 245378; in tal senso, in un *obiter dictum*, si sono espresse anche le Sezioni Unite della Cassazione nella sentenza 18 dicembre 2008 (dep. 21 gennaio 2009), Giulini, n. 2437, CED 241752.

12. Corte d'Appello di Venezia 23 novembre 2012, cit., pag. 31.

13. *Ibidem*, pag. 34.

3.2

Anche il motivo di appello proposto dal padre della minore Y, facente leva sul mancato raggiungimento della soglia di un *tentativo punibile*, viene respinto dai giudici veneziani.

La proposizione, e il respingimento, di questo motivo di appello si basano – oltre che su una differente ricostruzione del contenuto delle telefonate intercettate (secondo la difesa, la G.O. sarebbe stata chiamata dal padre della minore Y solo per praticarle i fori alle orecchie; secondo la Corte d'Appello, invece, non vi è dubbio che essa dovesse eseguire la *aruè*) – principalmente su una differente interpretazione tecnico-giuridica dei requisiti della “idoneità” e “univocità” degli atti, richiesti dall'art. 56 co. 1 ai fini della punibilità del tentativo.

3.2.1

Quanto alla *univocità* degli atti, la difesa ritiene che essa vada intesa come “inizio di esecuzione” della fattispecie tipica¹⁴, mentre nel caso concreto gli atti compiuti dalla G.O. e dal padre della minore Y non avevano ancora dato avvio a tale fase esecutiva, che sarebbe al più presto cominciata con l'apposizione della lama sulla parte anatomica da incidere.

La Corte d'Appello, tuttavia, replica sul punto richiamando “l'orientamento assolutamente prevalente in giurisprudenza che ammette la configurabilità del tentativo anche in caso di atti preparatori”¹⁵, per lo meno quando essi si trovino “in una situazione di prossimità spaziale e temporale, tale da configurare un pericolo attuale e concreto di lesione del bene protetto dalla fattispecie contestata”¹⁶. La fissazione di un preciso appuntamento presso la casa del padre della minore Y con determinazione dell'incarico conferito alla G.O. (effettuazione della *aruè*), le istruzioni da questa fornite per la profilassi e per l'esecuzione dell'intervento, e soprattutto il fatto che la G.O. si era effettivamente recata all'appuntamento munita di strumenti di carattere sanitario sono, pertanto, elementi ritenuti sufficienti dalla Corte d'Appello per comprovare l'univocità degli atti nel caso di specie.

3.2.2

Anche l'*idoneità* degli atti – negata dalla difesa sul presupposto che la predisposizione delle forze di polizia avesse escluso la ricorrenza di un effettivo pericolo per il bene giuridico – viene, invece, ritenuta sussistente dalla Corte d'Appello. Anche a questo proposito, infatti, i giudici veneziani aderiscono all'orientamento giurisprudenziale maggioritario¹⁷, secondo il quale gli atti potrebbero essere considerati inidonei solo in caso di “inefficacia assoluta, intrinseca ed originaria degli atti stessi a produrre, sotto il profilo esclusivamente potenziale, l'evento consumativo (...), indipendentemente da ogni fattore estraneo che, in concreto, abbia impedito la lesione dell'interesse giuridico protetto”¹⁸. Come il lettore più addentro alla dogmatica del tentativo avrà già rilevato, la divergenza di opinioni tra difesa dell'imputato e Corte d'Appello circa la sussistenza degli “atti idonei” corre sostanzialmente sul filo della distinzione tra valutazione dell'idoneità *su base ontologica totale* (tenuto conto, quindi, anche di circostanze ignote e non conoscibili al soggetto agente, quali, nel caso di specie, la predisposizione delle forze di

14. In tal senso si esprime, in effetti, una parte autorevole della dottrina (v., ad esempio, MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale, pt. gen.*, IV ed., Milano, 2012, pag. 401 ss.), nonché una giurisprudenza minoritaria (v., da ultimo, Cass. Sez. I, 7 gennaio 2010 (dep. 9 marzo 2010), Musso, n. 9411, CED 246620, secondo cui “gli atti diretti in modo non equivoco a commettere un reato possono essere esclusivamente gli atti esecutivi, ossia gli atti tipici, corrispondenti, anche solo in minima parte, come inizio di esecuzione, alla descrizione legale di una fattispecie delittuosa a forma libera o vincolata, in quanto la univocità degli atti indica non un parametro probatorio, ma un criterio di essenza e una caratteristica oggettiva della condotta”).

15. Corte d'Appello di Venezia 23 novembre 2012, cit., pag. 36.

16. *Ibidem*, pag. 38.

17. V., da ultimo, Cass. Sez. VI, 6 giugno 2008 (dep. 24 settembre 2008), Tortoioli, n. 36699, CED 241400, secondo cui “la circostanza che gli organi investigativi, attraverso indagini continue e accurate, riescano a monitorare e tenere sotto controllo la dinamica dell'azione criminosa che si protrae nel tempo, non vale di per sé a rendere la stessa inidonea ed inadeguata ai fini del secondo comma dell'art. 49”.

18. Corte d'Appello di Venezia 23 novembre 2012, cit., pag. 38.

polizia), e sua valutazione *su base ontologica parziale* (con conseguente irrilevanza di fattori impeditivi del pericolo del tutto estranei alla condotta dell'agente e da costui non conoscibili, né dominabili).

3.2.3

In questa sede non è certo possibile prendere posizione sulla correttezza dell'una o dell'altra interpretazione, messe in campo, su fronti opposti, dalla difesa e dalla Corte d'Appello per negare, o rispettivamente, affermare l'"univocità" e l'"idoneità" agli atti compiuti dalla G.O. e dal padre della minore Y. Sia sufficiente rilevare che, anche in relazione al caso di specie, si è riaccesa l'annosa disputa sulla in-configurabilità di un tentativo ogni qual volta sia *solo grazie alle capacità investigative e alla tempestività dell'intervento della polizia* che non si giunge alla consumazione del reato. È proprio questa, infatti, la costellazione di casi in cui l'orientamento che – in fedele adesione al principio costituzionale di offensività, oltre che ai dati testuali e sistematici desumibili dal codice penale – fa coincidere l'univocità con l'inizio di esecuzione e richiede una valutazione su base totale per l'idoneità, incontra seri ostacoli di ordine, non tanto strettamente dogmatico, quanto politico-criminale: "si fa fatica ad accettare che proprio quando la polizia si è così ben organizzata da rendere impossibile la consumazione del reato, l'agente debba aver garantita l'impunità"¹⁹.

4 - 4.1

IN PARTICOLARE, IL MOTIVO DI
APPELLO CONCERNENTE IL "DOLO
SPECIFICO" NELLE SUE
IMPLICAZIONI CON LE
MOTIVAZIONI CULTURALI DELLA
ARUÈ DEGLI EDO-BINI NIGERIANI

I motivi di appello comuni alla difesa dei due imputati – assenza del dolo specifico e ricorrenza di un'*ignorantia legis* inevitabile – sono, invece, quelli che più da vicino coinvolgono la natura della fattispecie di cui all'art. 583 *bis* quale *reato culturalmente motivato*²⁰.

Il tema delle mutilazioni/lesioni genitali femminili è, in effetti, assai denso di implicazioni sul piano culturale – intendendo qui il concetto di "cultura" nell'accezione che gli è stata attribuita dalle scienze umane, e principalmente dall'antropologia, e che rimanda a modi di vivere e di pensare collettivamente condivisi e tramandati²¹ – giacché la loro realizzazione trova fondamento in un *potente e complesso sistema di motivazioni culturali*, che vanno ricostruite tenendo conto: *i)* della tipologia di intervento praticato; *ii)* del gruppo culturale di riferimento.

4.2

Per quanto riguarda, in primo luogo, la *tipologia*, è infatti opportuno subito precisare che, sotto la generica etichetta di "mutilazioni genitali femminili" (in prosieguo: MGF), rientra, in realtà, una molteplicità di pratiche le quali – pur avendo tutte come oggetto materiale i genitali femminili esterni – risultano tra loro assai eterogenee per gravità, effetti e modalità di esecuzione. Proprio al fine di monitorare e meglio individuare, almeno dal punto di vista sanitario, un fenomeno così composito e variegato, nel 1995 l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS-WHO) ha elaborato una classificazione in quattro tipi delle MGF:

19. Così MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit., pag. 409, che di tale orientamento sono, sul fronte dottrinale, i principali sostenitori, pur avendo chiara consapevolezza – come la citazione riportata dimostra – delle obiezioni che ad essa potrebbero essere mosse, e di cui propongono il superamento mediante l'introduzione di una disciplina *ad hoc* proprio per l'ipotesi di reato non consumato grazie alla predisposizione delle forze di polizia.

20. Sulla nozione di reato culturalmente motivato, v. BERNARDI, *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, Torino, 2010, pag. 3 ss.; DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010, pag. 30 ss.; BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., pag. 41 ss.

21. Una definizione "ufficiale" di cultura, ovviamente, non esiste (come, del resto, non esiste una definizione ufficiale di "vizio di mente", di "causalità", di "pericolo", di "malattia" e di tanti altri concetti che sono ormai da tempo entrati nel vocabolario del giurista e, in particolare, del penalista). Almeno a livello orientativo, tuttavia, ai presenti fini può risultare utile richiamare il Preambolo della *Dichiarazione universale sulla diversità culturale* (adottata dalla Conferenza Generale dell'UNESCO a Parigi il 2 novembre 2001; per il testo in lingua italiana, cfr. www.unesco.it/documenti/documenti/testi/dich_diversita.doc), secondo cui "la cultura dovrebbe essere considerata come un insieme dei distinti aspetti presenti nella società o in un gruppo sociale quali quelli spirituali, materiali, intellettuali ed emotivi, e che include sistemi di valori, tradizioni e credenze, insieme all'arte, alla letteratura e ai vari modi di vita".

- *I tipo*: escissione del prepuzio, con o senza escissione parziale o totale del clitoride;
- *II tipo*: escissione del prepuzio e del clitoride, con escissione parziale o totale delle piccole labbra;
- *III tipo*: escissione di parte o della totalità dei genitali esterni con cucitura o restringimento del canale vaginale (si tratta della c.d. infibulazione, indubbiamente la pratica più invasiva e devastante sotto l'aspetto fisico e psico-sessuale);
- *IV tipo*: non classificato, ricomprensivo di pratiche consistenti nel forare, trapassare o incidere il clitoride e/o le labbra; nel produrre una tensione del clitoride e/o delle labbra; nel cauterizzare mediante ustione il clitoride e i tessuti circostanti; nel raschiare i tessuti attorno all'orifizio vaginale, o nell'incidere la vagina; nell'introdurre sostanze corrosive o erbe in vagina per causare emorragia o allo scopo di serrarla o restringerla, e in altre pratiche analoghe²².

Rispetto a tale classificazione il caso di specie – il cui l'intervento è consistito in una superficiale e limitata incisione della faccia antero-superiore del clitoride – si lascia, quindi, ricondurre nel IV tipo, quello comprendente gli interventi meno invasivi.

4.3

Per quanto riguarda, in secondo luogo, il *gruppo culturale* di riferimento, esso è nella specie costituito dagli Edo-bini nigeriani. Come vedremo, è proprio facendo leva sulle motivazioni culturali che, all'interno di tale gruppo, sostengono la tradizione della *aruè*, che la Corte d'Appello, accogliendo il motivo relativo all'assenza del *dolo specifico*, giunge all'assoluzione degli imputati.

4.4

L'art. 583 *bis* co. 2 richiede, infatti, il perseguimento, a titolo di dolo specifico, di una determinata finalità: il soggetto deve agire “*al fine di menomare le funzioni sessuali*” della persona offesa, vale a dire deve praticare la lesione degli organi genitali femminili al fine di “alterare, sotto un profilo fisico, le funzioni sessuali della donna (...), compromettendo il desiderio o la praticabilità dell'atto sessuale”²³. Il giudice di primo grado, sulla base di alcune dichiarazioni rilasciate dai genitori delle due bambine²⁴, aveva ritenuto che questi avessero chiesto di sottoporre le proprie figlie alla *aruè* anche per perseguire la predetta finalità, sia pur solo “*a livello simbolico*”.

Siffatta statuizione ha prestato, tuttavia, il fianco ad un duplice ordine di censure.

4.4.1

In primo luogo, infatti, come bene evidenzia la sentenza d'appello, “nella interpretazione fornita dal giudice di primo grado egli ha accertato il momento rappresentativo del dolo specifico attribuendo *funzioni 'simboliche'* ad elementi costitutivi dell'azione, quale la zona del corpo attinta e il tempo di esecuzione della condotta – obbligatoria prima del matrimonio – cui non poteva ricondursi il significato loro attribuito in sentenza, né alla luce delle dichiarazioni dei testi, che hanno chiaramente e diversamente indicato le ragioni del coinvolgimento degli organi sessuali e delle interferenze del rito con il matrimonio, né alla luce delle dichiarazioni degli imputati, allorché hanno palesato lo scopo personale della loro azione”²⁵.

Secondo la Corte d'Appello, infatti, una “lettura integrata e integrale” di quelle stesse dichiarazioni degli imputati sulla cui base il giudice di primo grado aveva affermato

22. Cfr. WHO, *Female Genital Mutilation, Report of a WHO Technical Working Group in Geneva 1995, July 17-19, 1995*, pag. 1 ss.

23. Corte d'Appello di Venezia 23 novembre 2012, cit., pag. 43.

24. La madre della minore X aveva affermato: “in Nigeria si fa così perché le donne devono accontentare il loro uomo e non devono desiderarne altri; coloro che non si sottopongono all'intervento non si possono sposare”. Il padre della minore Y aveva, invece, dichiarato: “nel mio paese per tramandata cultura (...) senza questo intervento la donna prova un desiderio sessuale anche eccessivo che può portarla a provare un desiderio sessuale anche per altri uomini”.

25. Corte d'Appello di Venezia 23 novembre 2012, cit., pag. 51 (corsivo aggiunto).

la presenza del dolo specifico, in realtà “non consente di ritenere che questi abbiano agito allo scopo di menomare le funzioni sessuali” delle figlie²⁶.

L'assenza di una tale finalità emergerebbe, del resto, senza più alcun dubbio residuo dalle deposizioni dei testi qualificati (i due docenti universitari e il sacerdote cristiano), che avevano illustrato le motivazioni per cui gli Edo-bini sottopongono le figlie a *aruè*. Tali motivazioni vanno, infatti, individuate nella finalità di realizzare una pratica simbolica diretta a soddisfare una “funzione di umanizzazione” (riconoscimento di un individuo come uomo o come donna all'interno della comunità degli umani), una “funzione identitaria” (sancire il vincolo di appartenenza alla specifica comunità degli Edo-bini, garantendo la possibilità di vivere in libertà all'interno di tale gruppo) e, infine, una “funzione di purificazione” (garantita dalla fuoriuscita di qualche goccia di sangue)²⁷.

Insomma, secondo la corte veneziana il giudice di primo grado è incorso in un errore nell'accertare il dolo specifico richiesto dall'art. 583 *bis* co. 2, in quanto ha attribuito “valori simbolici allo scopo dell'azione che sono propri della rappresentazione dell'interprete, e non dell'agente”²⁸.

4.4.2

In secondo luogo, come la sentenza d'appello sia pur laconicamente segnala, in capo agli imputati non può riscontrarsi il dolo specifico giacché “nessun riferimento all'aver agito allo scopo di menomare le funzioni sessuali è desumibile (...) dalla natura dell'intervento richiesto e concordato, *assolutamente inidoneo*, per la sua consistenza, a palesare una intenzione in tal senso”²⁹.

La rilevanza di tale affermazione emerge con maggior evidenza alla luce di una più generale riflessione di carattere dogmatico sul dolo specifico, che qui cerchiamo di esporre in estrema sintesi: quando, nei reati a dolo specifico, la finalità perseguita dal soggetto agente consiste in un evento offensivo di beni giuridici protetti dall'ordinamento (come, nel caso dell'art. 583 *bis* co. 2, la “menomazione delle funzioni sessuali” della donna), il principio costituzionale di offensività esige che tale risultato non appartenga solo al mondo delle intenzioni (...delle cattive intenzioni) del soggetto agente, ma sia da questi perseguito, anche se non necessariamente raggiunto, attraverso atti concretamente idonei: in altre parole, occorre che il bene giuridico abbia corso un effettivo pericolo. In caso contrario, il reato a dolo specifico si trasformerebbe in uno strumento per punire (o per punire di più) una mera volontà, anche quando questa non si sia materializzata in atti capaci di minacciare il bene giuridico³⁰.

Nel caso in esame, quindi, anche ipotizzando che i due genitori abbiano avuto l'intenzione di menomare le funzioni sessuali delle rispettive figlie, ad integrare il dolo specifico non sarebbe stato sufficiente che tale finalità fosse stata perseguita solo “*a livello simbolico*”, senza cioè che a tale intenzione si accompagnasse una lesione degli organi genitali delle figlie *concretamente idonea* a menomarne le funzioni sessuali: ma tale non può essere certo ritenuta l'*aruè* del caso di specie, compiuta mediante un'incisione della sola mucosa del clitoride e priva di qualsiasi effetto permanente.

26. La Corte d'Appello critica, in particolare, la ‘decontestualizzazione’ delle dichiarazioni degli imputati (riportate *supra*, nota 24), cui il giudice di primo grado avrebbe proceduto, così fraintendendo il significato della dichiarazione della madre (“le donne devono accontentare il loro uomo” significa, in realtà, che l'imputata, per accontentare suo marito, ha deciso di far sottoporre la figlia ad *aruè*, nonostante la propria iniziale contrarietà), e disgiungendo le parole del padre dal significato che ad esse doveva essere attribuito in base alla sua cultura d'origine.

27. Corte d'Appello di Venezia 23 novembre 2012, cit., pag. 47.

28. *Ibidem*, pag. 51.

29. *Ibidem*, pag. 49 (corsivo aggiunto). In un passaggio successivo della sentenza (pag. 50) si sottolinea la natura dell'intervento, assolutamente inidoneo, per la sua “minima invasività”, a palesare l'intenzione di menomare le funzioni sessuali femminili.

30. Sull'*oggettiva idoneità* degli atti compiuti dall'agente a cagionare l'evento dannoso o pericoloso preso di mira, quale necessario requisito per la sussistenza del dolo specifico, v., sia pur con sfumature diverse, MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit., pag. 418; ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, pag. 114 ss.; PROSDOCIMI, *Commento all'art. 43 - A) Il dolo*, in DOLCINI-MARINUCCI, (a cura di), *Codice penale commentato*, cit., pag. 510.

4.5

Ebbene, sulla scorta delle suesposte considerazioni la Corte d'Appello correttamente esclude la sussistenza del dolo specifico richiesto dall'art. 583 bis co. 2, con conseguente assoluzione degli appellanti "perché il fatto non costituisce reato".

5 - 5.1

**IN PARTICOLARE, IL MOTIVO
DI APPELLO CONCERNENTE
L'“IGNORANTIA LEGIS”**

Anche il secondo motivo d'appello comune ad entrambi gli imputati – quello concernente l'*ignorantia legis* – viene almeno in parte sviluppato dalle rispettive difese *nella prospettiva della natura di reato culturalmente motivato* del delitto di cui all'art. 583 bis. Gli argomenti addotti per comprovare una situazione di ignoranza inevitabile della legge penale italiana incriminatrice della *aruè* sono stati, infatti, i seguenti:

- i fatti erano avvenuti a fine marzo 2006, quindi solo poche settimane dopo l'entrata in vigore della legge 7/2006³¹;
- nessuna iniziativa era stata in quei mesi condotta nella zona di Verona per informare i potenziali interessati dell'introduzione della nuova legge, nonostante la necessità di diffonderne la conoscenza tra i cittadini stranieri immigrati fosse riconosciuta dalla legge stessa (in particolare, dall'art. 3, rubricato "Campagne informative");
- per quanto riguarda la madre della minore X, la difesa sottolinea che trattasi di persona immigrata in Italia da non molto tempo, priva di istruzione, con un bassissimo livello di comprensione della lingua italiana, e versante in uno stato di particolare emarginazione e scarsa integrazione nella società italiana, con la quale, al momento dei fatti, non aveva ancora avuto alcuna significativa occasione di incontro; ella, inoltre, viveva in Italia senza il marito, e aveva subito pressioni dai parenti residenti in Africa per far sottoporre la piccola figlia alla *aruè*;
- per quanto riguarda il padre della minore Y, la difesa segnala che questi era legato alla comunità degli Edo-bini da un profondo senso di appartenenza e di identità culturale, che si manifestava anche nel rispetto e nella condivisione delle relative tradizioni;
- presso la comunità degli Edo-bini – nel cui *milieu* culturale gli imputati, di fatto, continuavano a vivere nonostante il loro arrivo in Italia – la *aruè* era vista come una pratica assolutamente lecita ed anzi doverosa³².

5.2

Il giudice di primo grado aveva respinto tali argomenti, rilevando "*da un lato* che la buona fede dell'agente, tale da escludere l'elemento soggettivo, non può essere determinata dalla mera non conoscenza della legge bensì da un fattore positivo esterno che abbia indotto il soggetto in errore incolpevole, e *dall'altro lato* che non sussiste un'ignoranza inevitabile, e quindi incolpevole, quando il soggetto non abbia, con il criterio dell'ordinaria diligenza, adempiuto al dovere di informazione e cioè all'obbligo di espletare ogni

31. La legge 7/2006 è, infatti, entrata in vigore il 2 febbraio 2006, vale a dire, ai sensi dell'art. 73 co. 3 Cost., al quindicesimo giorno successivo alla sua pubblicazione, avvenuta nella G.U. del 18 gennaio 2006.

32. A dire il vero, da notizie pubblicate sul sito "*Non c'è pace senza giustizia*", si apprende che nello Stato nigeriano Edo-bini (Stato di presumibile provenienza degli imputati, benché nulla si dica in proposito in sentenza) dal 1999 è in vigore una legge che punisce le mutilazioni genitali femminili, comprese le "incisioni", sia pur con sanzioni assai lievi (una modesta pena pecuniaria e/o una pena detentiva fino a sei mesi). La presenza di una legge che, nel paese d'origine, punisce il fatto commesso in Italia dal cittadino straniero, rende certo più difficile, ma non preclude in radice, l'invocabilità dell'ignoranza inevitabile della legge penale italiana, incriminatrice di quel fatto. Occorre, infatti, quanto meno considerare:

- *in primo luogo*, che anche il cittadino italiano, se chiamato a rispondere di un determinato reato dinanzi ai giudici italiani, può invocare, in presenza di determinate condizioni, l'ignoranza inevitabile della legge penale violata – e ciò nonostante che sia la *sua* legge a prevedere quel fatto come reato. Se l'italiano in Italia può invocare l'ignoranza della legge penale italiana, non si vede, allora, perché tale ignoranza non potrebbe essere invocata, alle stesse condizioni, anche dallo straniero per il solo fatto che il reato da lui commesso è previsto come tale anche dalla legge del *suo* Paese d'origine;

- *in secondo luogo*, che, nel valutare i casi in esame, occorrerebbe stemperare la nostra visione di giuristi occidentali improntata ad un rigoroso giuspositivismo, tale per cui è 'legge' solo la norma scaturente dalle fonti statuali ufficiali. Gli autori dei reati culturalmente motivati, infatti, potrebbero provenire – come nel caso in esame – da aree geografiche all'interno delle quali la norma *culturale* è più forte della norma *penale*, ovvero all'interno delle quali il diritto *spontaneo-consuetudinario* ha un grado di effettività superiore rispetto al diritto *ufficiale-statale* (sul punto, anche per un'illustrazione del paradigma del c.d. *pluralismo giuridico di tipo soggettivistico*, v. SACCO, *Antropologia giuridica*, Bologna, 2007, pag. 75 ss., nonché REMOTTI, *Temî di antropologia giuridica*, Torino, 1982, pag. 28 s.).

utile accertamento per conseguire la conoscenza della legislazione vigente”³³.

Con l’atto d’appello, tuttavia, le difese replicano alla sentenza di primo grado ricordando, in particolare, un precedente della Cassazione in cui si afferma che “il fondamento costituzionale della ‘scusa’ della inevitabile ignoranza della legge penale *vale prima di tutto per chi versa in condizioni soggettive di sicura inferiorità* (...)”; l’ipotesi di un soggetto sano e maturo di mente che commetta fatti criminosi ignorandone la anti giuridicità è concepibile soltanto quando si tratti di *reati* che, sebbene presentino un generico disvalore sociale, *non siano sempre e dovunque previsti come illeciti penali* (...). In relazione a tali reati possono essere prospettate due ipotesi: *quella* in cui il soggetto si rappresenti effettivamente la possibilità che il suo fatto sia anti giuridico, e *quella* in cui tale possibilità non si rappresenti neppure (...). Nella *seconda* ipotesi è riservato al giudice il compito di una valutazione attenta delle ragioni per le quali l’agente, che ignora la legge penale, non si è neppure prospettato un dubbio sulla illiceità del fatto e, *se la assenza di simile dubbio risulti discendere – in via principale – da personale ed incolpevole mancanza di socializzazione dello stesso, la ignoranza della legge penale va, di regola, ritenuta inevitabile*”³⁴.

Ebbene, a parere della difesa nel caso di specie ricorrerebbe proprio la “seconda ipotesi” configurata da questo precedente di legittimità, in quanto gli imputati non si sarebbero neppure rappresentati la possibilità che la *aruè* costituisse reato, e tale mancata rappresentazione sarebbe discesa dalla loro situazione di personale ed incolpevole mancanza di socializzazione.

5.3

La Corte d’Appello sceglie, tuttavia, di non soffermarsi sul profilo dell’*ignorantia legis*, dal momento che “le conclusioni a cui la Corte è pervenuta [in merito al dolo specifico] consentono di ritenere assorbiti nella formula assolutoria proposta gli ulteriori motivi descritti nell’atto d’appello”. Si tratta, nondimeno, di un profilo che avrebbe potuto giocare un ruolo assai significativo nella valutazione complessiva del caso di specie, soprattutto se riguardato alla luce di un altro importante pronunciamento della Cassazione, di poco precedente alla sentenza in commento, e relativo ad un caso per certi versi analogo³⁵: anche lì, infatti, l’imputata era una giovane madre nigeriana “migrata in Italia, non (...) ancora integrata nel relativo tessuto sociale”³⁶; ed anche lì il fatto controverso riguardava un intervento rituale sui genitali di un neonato (segnatamente, una circoncisione maschile che aveva provocato una grave emorragia)³⁷.

Ebbene, in tale sentenza la Cassazione – dopo aver ricordato che il criterio per individuare un’eventuale ignoranza inevitabile della legge penale deve emergere dal “raffronto tra *dati oggettivi*, che possono avere determinato nell’agente l’*ignorantia legis* circa l’illiceità del suo comportamento, e *dati soggettivi* attinenti alle conoscenze e alle capacità dell’agente, che avrebbero potuto consentire al medesimo di non incorrere nell’*error iuris*”³⁸ – ritiene che nel caso sottoposto al suo esame sia “certamente *dato*

33. Tribunale di Verona 14 aprile 2010, pag. 851.

34. Cass. Sez. III, 9 maggio 1996 (dep. 12 giugno 1996), Falsini, n. 2149, CED 205513 (corsivi aggiunti).

35. Ci riferiamo a Cass. Sez. VI, 22 giugno 2011 (dep. 24 novembre 2011), K.S., n. 43646, CED 251043-5, in *Cass. pen.* 2012, pag. 3706, con nota di D’IPPOLITO, *Kulturnormen ed inevitabilità dell’errore sul divieto: la Corte di Cassazione riconosce l’errore determinato da “fattori culturali” come causa di esclusione della colpevolezza*. Su tale sentenza v. pure il commento di PUSATERI, *Escluso il reato di esercizio abusivo della professione medica se la circoncisione maschile cd. rituale è stata eseguita per motivi culturali*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* 2012, pag. 94 ss.

36. Cass. 22 giugno 2011, cit., pag. 3710.

37. Del tutto diverso, invece, era il reato di cui l’imputata era accusata: la giovane madre, infatti – caduta fin da subito l’originaria imputazione, formulata dal P.M. nei suoi confronti, per il reato di lesioni personali – dai giudici di merito era stata condannata, a titolo di concorso, per il reato di esercizio abusivo di una professione (nella specie, sanitaria), per aver richiesto di eseguire la circoncisione – intervento in Italia riservato esclusivamente al personale sanitario – a un’ostetrica tradizionale sua connazionale, priva di qualsiasi qualifica medica (rimasta peraltro sconosciuta agli organi inquirenti). In generale, per alcuni rilievi critici al diverso trattamento, riservato dall’ordinamento italiano, alla circoncisione ‘maschile’ e alla circoncisione ‘femminile’, MIAZZI, *Il diverso trattamento giuridico delle modificazioni genitali maschili e femminili*, cit., pag. 103 ss., nonché DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., pag. 46 ss.

38. Cass. 22 giugno 2011, cit., pag. 3710 (corsivo aggiunto).

oggettivo incontestabile il difettoso raccordo che si determina tra una persona di etnia africana, che, migrata in Italia, non è risultata essere ancora integrata nel relativo tessuto sociale, e l'ordinamento giuridico del nostro Paese; non può tale situazione risolversi semplicisticamente a danno della prima, che, in quanto portatrice di un bagaglio culturale estraneo alla civiltà occidentale, viene a trovarsi in una oggettiva condizione di difficoltà nel recepire, con immediatezza, valori e divieti a lei ignoti. Quanto all'*aspetto soggettivo*, non possono essere ignorati (...) il basso grado di cultura dell'imputata e il forte condizionamento derivatole dal mancato avvertimento di un conflitto interno, circostanze queste che sfumano molto il dovere di diligenza dell'imputata finalizzato alla conoscenza degli ambiti di liceità consentiti nel diverso contesto territoriale in cui era venuta a trovarsi³⁹. Conclude, quindi, la Cassazione per la sussistenza, a favore dell'imputata, degli estremi dell'*error iuris* scusabile, con conseguente sua assoluzione.

Applicando le indicazioni desumibili dalla citata sentenza di legittimità al caso in esame, probabilmente anche nei confronti dei due genitori che avevano chiesto di sottoporre le proprie figlie alla *aruè* si sarebbe potuta riconoscere un'ignoranza inevitabile.

5.4

Segnaliamo, peraltro, che anche in precedenti procedimenti relativi a reati culturalmente motivati – ‘apparentati’ al caso in esame e a quello cui si riferisce la soprariferita sentenza di legittimità dal fatto di collocarsi in una fascia di gravità medio-bassa⁴⁰ – si è giunti all'assoluzione degli imputati proprio in virtù del riconoscimento di una situazione di ignoranza inevitabile della legge penale violata. Un *error iuris* scusabile è stato, infatti, ammesso a favore di:

- un cittadino senegalese che rivende alcuni accendini privi del prescritto bollo di Stato, ignorando che tale condotta è penalmente vietata dalla legge italiana⁴¹;
- due tunisini, in transito per l'Italia, trovati in possesso di una carabina ad aria compressa, i quali ignorano che in Italia tale condotta costituisce reato⁴²;
- due minorenni tunisini che omettono di presentarsi, entro tre giorni dal loro ingresso nel territorio dello Stato italiano, all'autorità di pubblica sicurezza, ignorando che tale condotta è punita dalle disposizioni di cui agli artt. 17 e 142 T.U. Leggi Pub. Sic.⁴³;
- un cittadino francese quindicenne, in Italia per una breve vacanza, il quale usa un apparecchio radio-ricetrasmittente del tipo VHF, ignorando che la legge penale italiana impone determinati requisiti in ordine alla detenzione e all'uso di apparecchi di tal tipo⁴⁴;
- infine, una giovane rumena, in Italia da soli due mesi, incinta all'ottava settimana, la quale tenta di abortire assumendo alcuni farmaci, ignorando che in Italia l'interruzione della gravidanza entro i primi 90 giorni deve essere effettuata, per non incorrere nel reato di aborto autoprocurato di cui all'art. 19 co. 2 l. 194/1978, nel rispetto delle modalità indicate dagli artt. 5 e 8 l. cit.⁴⁵.

39. Cass. 22 giugno 2011, cit., pag. 3710 s. (corsivo aggiunto). Il citato passaggio della sentenza della Cassazione ne riproduce, a nostro avviso, di gran lunga meglio l'effettiva portata rispetto alla massima ufficiale, dove il baricentro del riconoscimento dell'*error iuris* scusabile risulta indebitamente spostato sul “basso grado di cultura” dell'imputata: v. la massima in CED Cassazione 251045.

40. Sull'opportunità di distinguere tra reati culturalmente motivati ‘a bassa offensività’, e reati culturalmente motivati ‘ad elevata offensività’ allorché si muova alla ricerca di soluzioni giuridiche per gli stessi, sia consentito rinviare a BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., pag. 361 ss.

41. Pretura di Pescia 21 novembre 1988, Seck, in *Foro It.* 1989, II, pag. 247.

42. Tribunale di Genova 30 maggio 1989, Khediri, in *Foro It.* 1989, II, pag. 540.

43. Tribunale per i minorenni di Firenze 27 settembre 1989, Mahgobi, in *Foro It.* 1990, II, pag. 192.

44. Tribunale per i minorenni di Genova 14 novembre 1994, Saurel, in *Foro It.* 1995, II, pag. 274.

45. Tribunale di Milano 12 gennaio 2010, Calderaru, in *Corr. Merito* 2010, pag. 51 s., con nota di GATTA. Per un caso del tutto simile, in cui tuttavia la Cassazione ha escluso il riconoscimento di un'ignoranza inevitabile, v. Cass. Sez. V, 30 settembre 2011 (dep. 29 novembre 2011), n. 44107, in *Dir. pen. cont.*, 3 febbraio 2012, con nota di TIANI, *L'ignoranza delle modalità obbligatorie per l'interruzione volontaria della gravidanza costituisce ignoranza inescusabile della legge penale (art. 5 c.p.)*.

6 - 6.1

ALCUNE CONSIDERAZIONI
CONCLUSIVE: QUANDO PUNIRE
NON BASTA

Finora solo un caso implicante la questione dell'applicabilità del nuovo art. 583 *bis* è giunto all'attenzione dei nostri giudici, e per giunta tale caso si è chiuso, come abbiamo visto, con l'assoluzione in quanto "il fatto non costituisce reato"⁴⁶.

Potrebbe trattarsi di un'ottima notizia: un formidabile effetto general-preventivo della nuova figura di reato, grazie alla quale si sarebbe riusciti a cancellare, tra gli immigrati in Italia, le pratiche di MGF, al punto che l'art. 583 *bis* non sta dando materia alcuna di lavoro ai nostri giudici.

Toni trionfalistici siffatti, tuttavia, sarebbero facilmente tacciabili di ingenuità.

Può ben essere, infatti, che l'introduzione della nuova legge abbia contribuito alla diminuzione degli episodi di MGF. In particolare, può ben essere che la netta – anche se a tratti brutale⁴⁷ – stigmatizzazione dell'illiceità penale delle MGF abbia fornito a tante madri e a tante fanciulle l'ancora a cui aggrapparsi saldamente per ribellarsi all'imperativo della cultura d'origine – imperativo che parla attraverso le voci dei mariti, dei padri, dei parenti e, in genere, dei connazionali ancora profondamente legati a questa pratica tradizionale – e così sottrarre le proprie figlie o sé stesse ad interventi mutilativi o comunque lesivi dei genitali femminili⁴⁸.

Risulta ben difficile ipotizzare, tuttavia, che la nuova legge abbia davvero comportato l'eradicazione di queste pratiche: molto più probabilmente, invece, sono stati solo ulteriormente innalzati e ispessiti gli schermi dietro i quali le MGF continuano ad essere effettuate in condizioni di clandestinità, e rafforzati i vincoli di complicità e omertà all'interno dei gruppi di immigrati ancora legati a tale tradizione, con conseguente, ulteriore chiusura verso la società e la cultura italiane. Né è da escludere che siano aumentati i casi in cui si attenda un rientro nel paese d'origine (una vacanza o addirittura un viaggio programmato *ad hoc*) per sottoporre le proprie figlie a MGF⁴⁹.

Vi è il fondato timore, insomma, che la legge 7/2006 soffra di un elevato tasso di ineffettività⁵⁰.

6.2

Per contribuire davvero al definitivo superamento delle MGF risulta, pertanto, quanto mai opportuno nella fase attuale rafforzare quegli *strumenti preventivi* che non passano necessariamente per le aule dei tribunali penali: campagne di informazione e sensibilizzazione sui possibili danni alla salute psico-fisica delle donne che coinvolgano le stesse comunità di immigrati interessate dal fenomeno delle MGF; più in generale, interventi diretti ad avviare concreti percorsi di integrazione socio-culturale delle donne

46. Riguardo alla vicenda in esame si può senz'altro parlare di un caso "chiuso" in quanto – in base ad informazioni gentilmente comunicateci dall'avvocato del padre della minore Y – contro la sentenza assolutoria d'appello non risulta sia stato presentato ricorso in Cassazione da parte del P.M., il quale, del resto, già in appello aveva concluso anch'egli per l'assoluzione dei due genitori. Rimane, è vero, la condanna di primo grado per il reato di cui all'art. 583 *bis* co. 2 a carico dell'esecutrice materiale della *aruè*, la quale non ha presentato appello; ma è chiaro che si tratta di una condanna rispetto al medesimo fatto in relazione al quale la Corte d'Appello di Venezia ha statuito che esso "non costituisce reato".

47. Ci riferiamo, in particolare, all'estremo rigore sanzionatorio e, in generale, all'inusuale ampiezza dell'arsenale punitivo messo in campo dal legislatore del 2006 per perseguire le MGF (sul punto, anche per ulteriori riferimenti, sia consentito rinviare a BASILE, *Società multiculturali, immigrazione e reati 'culturalmente motivati' – comprese le mutilazioni genitali femminili*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen. 2007, pag. 1343); un rigore sanzionatorio che è stato, peraltro, ulteriormente acuito con la l. 94/2009, la quale ha introdotto (art. 602 *bis*) la pena accessoria della decadenza dall'esercizio della potestà genitoriale in caso di condanna del genitore per il reato di cui all'art. 583 *bis* (e di solito è proprio il genitore a far sottoporre la figlia a MGF), e ha esteso le circostanze aggravanti di cui all'art. 585 anche al predetto reato (e almeno quattro delle aggravanti ivi previste potrebbero essere di frequente ricorrenza nei casi di MGF: l'aver commesso il fatto contro un discendente, ovvero con premeditazione, ovvero da più persone riunite, ovvero ancora con armi, potendo essere tali, per consolidata giurisprudenza, anche un bisturi o un paio di forbici). Per una valutazione di segno opposto, ma isolata, sul trattamento sanzionatorio riservato alle MGF, v. PECORELLA, *op. cit.*, pag. 863.

48. Nello stesso senso, v. anche PECORELLA, *op. cit.*, pag. 861: "il messaggio univoco di illiceità, che trasmette quella incriminazione, può offrire tra l'altro alle donne, che a quelle pratiche vogliono sottrarre sé stesse o le proprie figlie, un valido argomento da contrapporre alla pretesa obbligatorietà della mutilazione, in base alle tradizioni del gruppo di appartenenza".

49. Per le ragioni che abbiamo esposto in altra sede, infatti, la clausola di perseguibilità del fatto commesso all'estero, contenuta nell'art. 583 *bis* co. 4, pare davvero un'arma spuntata (v., anche per ulteriori rinvii, BASILE, *La nuova incriminazione delle pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili*, in Dir. pen. proc. 2006, pag. 690 s.).

50. Sul principio di effettività quale canone di una razionale ed efficace politica criminale, v. per tutti PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in Riv. it. dir. proc. pen. 1990, pag. 540 ss.

immigrate e delle loro figlie a rischio di MGF, cercando di 'stanarle' dalle mura di casa entro cui talvolta si trovano costrette a vivere.

Si tratta di iniziative che, almeno in parte, erano già previste dalla legge 7/2006, in particolare all'art. 3, ma che finora hanno fatto estrema fatica a decollare: basti considerare che l'intesa tra i Ministeri competenti e la conferenza Stato-Regioni, necessaria per dare attuazione al predetto art. 3, è stata conclusa solo nel dicembre 2012⁵¹, a quasi sette anni, quindi, dall'adozione della legge 7/2006.

6.3

Per dare attuazione in questo settore, che più di altri sembrerebbe averne bisogno, al lungimirante insegnamento secondo il quale "la politica sociale è la migliore politica criminale"⁵², potrebbe essere altresì opportuno riprendere il discorso – che il legislatore della l. 7/2006 aveva intenzionalmente accantonato⁵³ – relativo alla concedibilità dello *status di rifugiato* e del *diritto d'asilo* per le donne straniere che scappano dal proprio paese per sottrarre se stesse o le proprie figlie alle MGF. Tale misura potrebbe acquisire un potente significato simbolico, fornendo maggiore autorevolezza morale al nostro ordinamento nell'opera di prevenzione delle MGF, in quanto paleserebbe in modo inequivoco l'intenzione del nostro paese – non già di reprimere manifestazioni tradizionali di culture 'diverse', bensì – di schierarsi al fianco delle donne a rischio di mutilazioni. Peraltro, proprio le beneficiarie del diritto d'asilo potrebbero costituire la prova tangibile, all'interno del proprio gruppo culturale 'trapiantato' in Italia, che è possibile sottrarsi a tali pratiche e che il nostro paese offre un concreto aiuto in tale direzione⁵⁴.

6.4

Infine, per rafforzare le strategie di contrasto extra-penale alle MGF, potrebbe risultare opportuno rivalutare la possibile concessione di (circoscritti) spazi di legittimità a quelle *pratiche di rilievo pressoché solo simbolico* che, riducendo al minimo il danno fisico e azzerando le sofferenze psico-sessuali, conservino delle MGF solo la valenza di rito tradizionale, conforme alla cultura d'origine: ed è proprio il caso giudicato dalla sentenza in esame a suggerire tale opportunità.

Nella specie, infatti, l'*aruè* – che ha prodotto solo un minimo danno fisico, consistito in un transeunte indebolimento della funzione protettiva, svolta dalla mucosa clitoridea (v. *supra*, 3.1) – ha soddisfatto le importanti finalità 'culturali', attribuite dagli Edo-bini a tale pratica (v. *supra*, 4.4.1). Ma la macchina della giustizia italiana, solo dopo aver effettuato indagini di un certo impegno (comprehensive di intercettazioni telefoniche, appostamenti, pedinamenti, etc.) ed aver celebrato due gradi di giudizio, ha riconosciuto che siffatta pratica "non costituisce reato": non sarebbe, allora, più semplice ed economico, e non agevolerebbe meglio il dialogo con le comunità di immigrati interessate, se in futuro si consentisse, a quanti di loro non vogliano in alcun modo rinunciare a tali pratiche, di effettuare interventi simbolici di minimo, o nullo, impatto sull'integrità fisica e la salute psico-sessuale della donna *alla luce del sole*, magari in condizioni di

51. Il testo dell'*Intesa concernente il sistema di interventi da sviluppare per la prevenzione ed il contrasto del fenomeno delle mutilazioni genitali femminili di cui all'art. 3 della legge 9 gennaio 2006, n. 7* (adottata il 6 dicembre 2012; Repertorio atti n. 240/CSR), è consultabile sul sito ufficiale della Conferenza Stato-Regioni (<http://statoregioni.it/dettaglioDoc.asp?idprov=11371&iddoc=38637&tipodoc=2&CONF=>).

52. Traiamo tale insegnamento da MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in MARINUCCI, DOLCINI (a cura di), *Studi di diritto penale*, Milano, 1991, pag. 65.

53. In alcuni dei primi progetti di legge sulle MGF, infatti, tale misura era prevista, ma non fu conservata nei successivi lavori preparatori.

54. La concessione del diritto d'asilo è stata, peraltro, auspicata anche dalla Risoluzione del Parlamento dell'Unione europea del 20 settembre 2001, concernente le Mutilazioni genitali femminili, n. 2035 (INI): "[il Parlamento] esprime la speranza che, nel loro lavoro per l'immigrazione nella Comunità e la politica di asilo previste nel Titolo IV del Trattato di Amsterdam, la Commissione e il Consiglio, insieme agli Stati membri, adotteranno misure relative alla concessione di permessi di soggiorno e alla protezione delle vittime di questa pratica e riconosceranno il diritto di asilo a donne e ragazze che rischiano di essere sottoposte a MGF". Alcuni Paesi occidentali si sono già mossi in tale direzione: tra l'altro, Canada, Francia, Norvegia e Svezia (v. sul punto v. CESQUI, *Le mutilazioni genitali femminili e la legge*, in *Quest. Giust.* 2005, pag. 749 ss.; HERRERA MORENO, *Multiculturalismo y tutela penal: a propósito de la problemática sobre mutilación genital femenina*, in *Rev. Derecho penal*, n. 5, 2002, pag. 82 ss.).

maggior igiene, possibilmente sotto la supervisione di personale medico qualificato?⁵⁵.

6.5

Sia consentita, per concludere, una considerazione personale con più generale riferimento alle varie tipologie di reati che esprimono un conflitto tra cultura d'origine e cultura del paese d'arrivo, e di cui le MGF sono solo l'esempio più evidente e più noto anche ai 'non addetti ai lavori': la *legittimazione morale* e l'*effettiva capacità* di uno Stato, recettore di flussi immigratori, di punire, in termini seri e dissuasivi, siffatti reati culturalmente motivati, risulteranno tanto maggiori quanto più numerose siano state le chance di integrazione nella propria cultura offerte ai nuovi venuti.

55. Può essere utile ricordare a questo proposito la vicenda, che ha avuto anche una certa eco massmediatica, del rito simbolico alternativo proposto nel 2004 dal Centro di riferimento per la prevenzione e cura delle complicanze delle MGF dell'ospedale Careggi di Firenze, consistente in una mera puntura di spillo sulla mucosa esterna che ricopre il clitoride dopo breve e temporanea anestesia locale con crema anestetica in modo da far sgorgare poche gocce di sangue. La proposta ha, tuttavia, incontrato l'opposizione del Consiglio regionale della Toscana (v. mozione n. 709, approvata nella seduta del 3 febbraio 2004: http://www.mgftoscana.it/pdf/mozione_n.709%20regione_toscana%20contro_mgf): in argomento, v. CATANIA-ABDULCADIR, *Ferite per sempre. Le mutilazioni genitali femminili e la proposta del rito simbolico alternativo*, Roma, 2005, pag. 3 ss., nonché la pagina web <http://www.altrodiritto.unifi.it/ricerche/migranti/ghizzi/cap4.htm#n8>.

La Cassazione torna sulla rilevanza penale dell'elusione fiscale

Nota a Cass., Sez. III pen., 6 marzo 2013 (dep. 3 maggio 2013), n. 19100, Pres. Teresi, Rel. Amoresano

Abstract. La Cassazione torna a pronunciarsi sui limiti di rilevanza penale di operazioni qualificate come elusive in sede tributaria, ribadendo quanto già espresso nel noto precedente della sentenza “Dolce e Gabbana”. Anche in questo caso, l'identificazione tra la condotta elusiva ai sensi dell'art. 37-bis d.P.R. 600/1973 e quella penalmente rilevante non soddisfa: in eccesso, perché l'applicazione della disposizione antielusiva non garantisce il rispetto del canone della tassatività; in difetto, perché non richiede al giudice penale una valutazione autonoma sulla sussistenza dell'evasione a prescindere dalla qualificazione dell'operazione nel procedimento tributario come abusiva o elusiva.

SOMMARIO

1. IL DIRITTO PENALE SI CONFRONTA CON L'ELUSIONE FISCALE E L'ABUSO DEL DIRITTO. – 2. LA POSTA IN GIOCO: LA CONFISCA PER EQUIVALENTE DEL PROFITTO. – 3. IL RICHIAMO AL PRINCIPIO “DOLCE E GABBANA” NON È SUFFICIENTE A FARE CHIAREZZA. – 4. GLI EFFETTI INDESIDERABILI DEL MODELLO “DOLCE E GABBANA” E L'ESIGENZA DI AUTONOMIA DEL DIRITTO PENALE.

IL DIRITTO PENALE SI CONFRONTA CON L'ELUSIONE FISCALE E L'ABUSO DEL DIRITTO

1

La pronuncia in esame, intervenuta nella fase cautelare del procedimento, si segnala per essere la prima, dopo quella ben nota della II sezione nel procedimento “Dolce e Gabbana”¹, ad occuparsi della rilevanza penale delle condotte di elusione fiscale. Quest'ultima sentenza, espressamente richiamata e sostanzialmente condivisa, sembra destinata ad affermarsi come precedente di riferimento sulla specifica questione, come era del resto prevedibile per l'ampio respiro delle argomentazioni con le quali la Corte è pervenuta ad affermare la (sia pur limitata) rilevanza penale delle operazioni elusive ai sensi della disposizione generale antielusiva dell'art. 37-bis d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600.

La clausola generale antielusiva è stata introdotta nel 1990 in una versione poi modificata, ed è ora contenuta nell'art. 37-bis d.P.R. 600/1973: più precisamente non di vera clausola generale si tratta, essendo comunque la disposizione applicabile ad un elenco tassativo – con gli anni ampliato – di modelli di operazioni a cui essa è ricollegata².

1. Cass. pen., II sez., 22 novembre 2011, Pres. Pagano, Est. Fiandanese, Gabbana e a., in *Dir. pen. cont.*, 22 giugno 2012, con nota di M. VIZZARDI.

2. Intorno alla disciplina dettata dall'art. 37-bis d.P.R. 600/1973 si è sviluppato il dibattito sugli (auspicabili o meno) strumenti di contrasto all'elusione fiscale: senza pretesa di completezza, sul tema v. nella manualistica, M. BEGHIN, *Diritto tributario. Principi, istituti e strumenti per la tassazione della ricchezza*, Torino, 2011, p. 207; G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Padova, 2012, p. 223; R. LUPI, *Diritto tributario. Parte generale*, Milano, 2005, p. 104; G. MARONGIU, S. MARCHESELLI, *Lezioni di diritto tributario*, Torino, 2009, p. 25; F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario. Parte generale*, Torino, 2011, p. 239; si v. inoltre, S. CIPOLLINA, *Elusione fiscale*, in *Dig. Comm., Agg.*, Torino, 2007, p. 371; S. LA ROSA, *Elusione e antielusione fiscale nel sistema delle fonti del diritto*, ora in Id., *Scritti scelti*, v. I, Torino, 2011, p. 171; A. LOVISOLO, *Evasione ed elusione tributaria*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XIII, 1989; Id., *Abuso del diritto e clausola generale antielusiva alla ricerca di un principio*, in *Riv. dir. trib.* 2009, I, p. 49; A. MARCHESELLI,

Secondo l'attuale formulazione dell'art. 37-bis d.P.R. 600/1973, «1. Sono inopponibili all'amministrazione finanziaria gli atti, i fatti e i negozi, anche collegati tra loro, privi di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni di imposta o rimborsi, altrimenti indebiti. 2. L'amministrazione finanziaria disconosce i vantaggi tributari conseguiti mediante gli atti di cui al comma 1, applicando le imposte determinate in base alle disposizioni eluse». Il terzo comma dell'articolo elenca i modelli di operazioni che possono essere qualificate come elusive e i cui effetti fiscali possono, dunque, essere disconosciuti dall'amministrazione, all'esito di un procedimento in contraddittorio con il contribuente, disciplinato nei commi successivi. Il fulcro della disposizione, su cui si attesta il giudizio sul carattere elusivo delle operazioni realizzate, e con ciò la possibilità di non riconoscerne gli effetti fiscali, risiede nella *manca di valide ragioni economiche* a fondare la causa del contratto che è diretto al conseguimento di un altrimenti non consentito risparmio di imposta.

In ambito penale, poche e non particolarmente motivate erano state le precedenti pronunce di legittimità sull'argomento³; la giurisprudenza, anche di merito⁴, propendeva per la non configurabilità dei reati tributari nel caso di operazioni elusive, nelle quali, quasi "per definizione", ciò che è dichiarato corrisponde a quanto effettivamente posto in essere. Elusione ed evasione sono considerate, in questa ottica, come categorie contrapposte, nel senso che l'elusione si collocerebbe nel mezzo della direttrice che collega legittimo risparmio d'imposta ed evasione: l'evasione è "un inadempimento colpevole della pretesa tributaria già validamente sorta attraverso la realizzazione della fattispecie, mentre nell'elusione si impedisce il sorgere della pretesa tributaria, evitando la fattispecie legale"⁵.

In linea generale, la questione della configurabilità di reati tributari nel caso di elusione fiscale – o, come si dirà, nel caso di contestazione del divieto di abuso del diritto – negli ultimi anni è apparsa particolarmente controversa per effetto dell'acceso dibattito,

Elusione buona fede e principi del diritto punitivo, in *Rass. trib.* 2009, p. 401; G. MAISTO (a cura di), *Elusione ed abuso del diritto tributario. Orientamenti attuali in materia di elusione e abuso del diritto ai fini dell'imposizione tributaria*, Milano, 2009; P.M. TABELLINI, *L'elusione della norma tributaria*, Milano, 2007; F. TESAURO, *Elusione e abuso nel diritto tributario italiano*, in *Dir. prat. trib.* 2012, I, p. 689; G. ZIZZO, *Elusione ed evasione tributaria*, in *Diz. dir. pubbl.*, vol. III, Milano, 2006, p. 2173; Id., *Clausola antielusiva e capacità contributiva*, in *Rass. trib.* 2009, p. 487; I. VACCA, *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, in *Riv. dir. trib.* 2008, I, p. 1069.

3. Cfr. per l'affermazione della rilevanza penale delle condotte elusive, Cass. Sez. III, 18 marzo 2011, Ledda, Rv 250958; Cass. Sez. III, 26 maggio 2010, in *Corr. trib.* 2011, p. 2937, con nota di P. CORSO; per l'irrilevanza penale, invece, Cass. Sez. III, 26 novembre 2008, Rusca, Rv 244071 e Cass. Sez. V, 18 maggio 2006, in *Dir. prat. soc.* 2007, p. 62 con nota di I. CARACCIOLI.

4. Nella giurisprudenza di merito, si segnalano, perché particolarmente argomentate, la sentenza di proscioglimento del GUP di Milano nel procedimento Dolce e Gabbana, GUP Milano, 1 aprile 2011, Gabbana, in *Dir. pen. cont.*, 27 settembre 2011, e, in senso difforme, Trib. Teramo, 3 ottobre 2011, in *DeJure*, sulla rilevanza penale, come evasione fiscale, di un'operazione di *transfer pricing* domestico, nella quale si legge "appare fuori luogo, per spiegare gli artifici cui le parti ricorrono in ambito tributario al fine di ottenere un risparmio d'imposta in assenza di ragioni economiche che giustifichino l'operazione (diverse, ovviamente, dal mero scopo di subire una minore imposizione), traslare in ambito penale il concetto di elusione fiscale, per differenziarlo da quello di evasione e, se del caso, sostenere, come taluno fa in dottrina, che esso è inconciliabile, anche sotto il profilo dell'elemento soggettivo, con norme quali quelle di cui agli artt. 2 e 3 D.lgs. 74/2000 (qualche distinguo si suole concedere per l'art. 4), pervenendo ad una sostanziale disapplicazione della disposizione penale incriminatrice, piuttosto che non alla considerazione della autonomia dei concetti giuridici, in tema d'interpretazione delle fattispecie penali. Occorre ragionare diversamente, e desumere la irrilevanza delle acquisizioni concettuali raggiunte nei settori del diritto civile e del diritto tributario, dalla qualificazione in termini di evasione fiscale - ad opera della legge penale - di determinate condotte truffaldine e fraudolente, che consentono al contribuente di "aggirare" i meccanismi di imposizione tributaria, pur rispettandoli all'apparenza e nella lettera. In altri termini, una volta che anche le condotte di elusione o aggiramento (violazione indiretta) della norma tributaria impositiva, accanto a quelle di evasione (violazione diretta), siano considerate suscettibili di dar luogo a sanzione penale, in virtù di un giudizio insindacabile di anti-giuridicità fatto proprio dal legislatore, diviene irrilevante, oltre che fuorviante, richiamare il dibattito svoltosi in altro settore del diritto, al fine di re-interpretare in funzione disapplicativa le fattispecie penali, alterandone concetti e funzioni". Una sintesi della giurisprudenza meno recente in A. MEREU, *Abuso del diritto ed elusione fiscale: rilevanza penale o mera mancanza di una explicatio terminorum? Alcune riflessioni a margine del caso "Dolce & Gabbana"*, in *Dir. prat. trib.* 2012, I, p. 1028.

5. Questa la "classica" definizione fornita da A. HENSEL, *Diritto tributario*, trad. it. di D. Jarach, Milano, 1956, p. 146, dove per "fattispecie" si intende la fattispecie d'imposta, o presupposto tributario, consistente nei fatti e nelle situazioni previsti dalle leggi d'imposta, riferibili ad un soggetto e verificatesi in un determinato lasso di tempo, che fungono da fonte dell'obbligazione tributaria, v. G. FALSITTA, *op. cit.*, p. 231. Ai sensi dell'art. 1 T.u.i.r., il presupposto dell'imposta sui redditi è il possesso del reddito; il termine possesso, in riferimento alle imposte sui redditi, oltre a non corrispondere alla nozione civilistica dell'art. 1140 c.c., deve essere letto, per quanto qui interessa in particolare, alla luce dell'art. 37, co. 3, d.P.R. 600/1973: "In sede di rettifica o di accertamento d'ufficio sono imputati al contribuente i redditi di cui appaiono titolari altri soggetti quando sia dimostrato, anche sulla base di presunzioni gravi, precise e concordanti, che egli ne è l'effettivo possessore per interposta persona".

tuttora in corso nell'ambito della dottrina tributaristica, sui presupposti e sui limiti dell'applicazione delle norme antielusive e del principio (generale) del divieto dell'abuso del diritto⁶.

Il divieto generale di abuso del diritto, affermato, nell'ambito tributario, dalla Corte di Giustizia europea⁷ e "importato", seppure forse non in modo fedele all'originale, dalla giurisprudenza italiana⁸ rappresenta, negli ultimi anni, un formidabile strumento nell'ambito del giudizio tributario per la contestazione e il disconoscimento degli effetti fiscali di pratiche ritenute elusive, affiancando, e non di rado soppiantando, la disciplina specifica dettata dalle più stringenti norme antielusive, tra le quali principalmente quella generale dell'art. 37-bis d.P.R. 600/1973⁹.

I rapporti tra principio di origine pretoria e norme antielusive, i limiti e i presupposti del divieto di abuso del diritto, nonché la sanzionabilità in via amministrativa dell'elusione fiscale sono questioni ancora largamente irrisolte¹⁰, che si sono riverberate

6. Cfr. per una sintesi della questione, F. TESAURO, *Elusione fiscale. Introduzione*, in *Giur. it.* 2010, p. 1721 e S. CIPOLLINA, *Elusione fiscale e abuso del diritto: profili interni e comunitari*, *ivi*, p. 1274.

7. Nella giurisprudenza comunitaria il divieto di abuso del diritto è stato affermato con accezioni diverse in relazione alla disciplina dei tributi armonizzati piuttosto che a quella dei tributi non armonizzati. In sintesi estrema, per tributi armonizzati si intendono quelli per i quali è prevista una disciplina unitaria a livello europeo: il principale tributo armonizzato è, infatti, l'Iva, regolata dalla Direttiva 2006/112/CE del 28 novembre 2006, il cui gettito è in parte destinato a finanziare l'Unione (art. 93 TFUE); i tributi non armonizzati sono quelli la cui disciplina è di competenza esclusiva del legislatore interno. In riferimento ai tributi non armonizzati, tra i quali principalmente si inseriscono le imposte sui redditi, la giurisprudenza europea ha adottato un'interpretazione più rigorosa, sul presupposto che l'abuso si sostanzia nell'aggravamento di una norma interna reso possibile dalla strumentalizzazione di uno dei principi di libertà fondamentali garantiti dal Trattato: cfr. tra le pronunce più risalenti sul tema, in particolare, CGCE, 9 marzo 1999, *Centros*, C-212/97, dettata non in materia fiscale ma in materia di libertà di stabilimento; più recentemente, soprattutto, CGCE, 12 settembre 2006, *Cadbury Schweppes*, C-196/04, nella quale la libertà di stabilimento è strumentalizzata per ottenere un vantaggio fiscale: "perché sia giustificata da motivi di lotta a pratiche abusive, una restrizione alla libertà di stabilimento deve avere lo scopo specifico di ostacolare comportamenti consistenti nel creare costruzioni puramente artificiali, prive di effettività economica e finalizzate ad eludere la normale imposta sugli utili generati da attività svolte sul territorio nazionale" (par. 55). Viceversa, l'abuso del diritto in relazione ai tributi armonizzati è l'aggravamento della norma comunitaria che disciplina direttamente il tributo a livello europeo, aggravamento che pur non costituendo una violazione frontale della norma ne disattende la ratio: l'abuso, che assume una connotazione qui più ampia, più elastica, è contrastato dall'applicazione, demandata anche ai giudici interni, di un generale principio antiabusivo nonché di esplicite clausole antiabusive di cui gli Stati membri si sono dotati. In relazione ai tributi armonizzati, lo sviluppo del divieto di abuso del diritto ha trovato il suo culmine nella notissima sentenza CGCE, 21 febbraio 2006, *Halifax*, C-255/02, con la quale si è affermato il principio generale per cui, sebbene il contribuente abbia il diritto di scegliere la forma di conduzione degli affari che sia fiscalmente più conveniente, sono da considerarsi abusive le operazioni che, oltre ad essere sorrette dal fine del risparmio di imposta, non trovino giustificazione in un'apprezzabile ragione economica: il risparmio d'imposta, pertanto, deve essere considerato *indebito* se solo formalmente rispettoso dei principi dettati dalla Direttiva in materia di Iva (2006/112/CE), ma sostanzialmente con tali principi confliggente. Sul tema v. l'ampia trattazione di P. PIANTAVIGNA, *Abuso del diritto fiscale nell'ordinamento europeo*, Torino, 2011, *passim*, nonché V. VELLUZZI (a cura di), *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, Pisa, 2012; G. FALSITTA, *L'interpretazione antielusiva della norma tributaria come clausola immanente al sistema e direttamente ricavabile dai principi comunitari*, in G. Maisto (a cura di), *Elusione ed abuso del diritto tributario*, Milano, 2011, p. 3 e G. ZIZZO, *L'elusione tra ordinamento nazionale ed ordinamento comunitario: definizione a confronto e prospettive di coordinamento*, *ivi*, p. 57; P. CENTORE, *L'abuso del diritto nella giurisprudenza comunitaria*, in *Corr. trib.* 2012, p. 1025; M. POGGIOLI, *La Corte di Giustizia elabora il concetto di "comportamento abusivo" in materia d'iva e ne tratteggia le conseguenze sul piano impositivo: epifania di una clausola generale antielusiva di matrice comunitaria?*, in *Riv. dir. trib.*, 2006, III, p. 107. In relazione all'applicazione del principio di divieto di abuso del diritto nelle operazioni di ristrutturazione societaria di rilevanza puramente interna e ai rapporti tra clausola antielusiva prevista dalla Direttiva (in questo caso, l'art. 11 della Direttiva 90/434/CE sulle riorganizzazioni societarie) e normativa nazionale, CGUE, 10 novembre 2011, *Foggia*, C-126/10, nonché il commento di A. VISCONTI, *Il limiti "esterni" all'applicazione delle disposizioni antielusive/abuso per le operazioni di riorganizzazione societaria tra soggetti residenti*, in *Riv. dir. trib.* 2012, p. 13.

8. Come noto, la Cassazione civile, a Sezioni Unite, ha affermato l'esistenza di un principio generale di divieto di abuso del diritto nell'ambito tributario che, pur essendo frutto dell'elaborazione europea, troverebbe fondamento, nell'ordinamento interno, nell'art. 53 Cost., ossia nel principio della capacità contributiva: Cass. civ., Sez. Un., 23 dicembre 2008, n. 30055, *Rv 605850*: "non può non ritenersi insito nell'ordinamento, come diretta derivazione delle norme costituzionali, il principio secondo cui il contribuente non può trarre indebiti vantaggi fiscali dall'utilizzo distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustificano l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quel risparmio fiscale". Nello stesso senso le altre due sentenze, emanate nello stesso giorno, Cass. civ., Sez. Un., 23 dicembre 2008, n. 30056 e 30057, in *Corr. trib.* 2009, p. 411 con nota di G. FALSITTA; in particolare sulla questione dei rapporti tra capacità contributiva e riserva di legge M. BEGHIN, *L'abuso e l'elusione fiscale tra regole "scritte", giustizia tributaria e certezza del diritto*, in *Corr. trib.* 2012, p. 1298.

9. D'altra parte, secondo la Cassazione (Cass. Sez. Un. 23 dicembre 2008, n. 30055, cit.) del generale principio che vieta l'abuso del diritto l'art. 37-bis d.P.R. 600/1973 costituirebbe solo un'espressione, ossia «un mero sintomo di una regola generale» applicabile anche ai settori non normativamente disciplinati: «non è lecito utilizzare abusivamente, e cioè per un fine diverso da quello per cui sono state create, norme fiscali (in senso lato) di favore». Più di recente, la stessa Cassazione sottolinea peraltro l'esigenza di cautela nel contemperare il principio espresso dalle Sezioni Unite con la salvaguardia della libertà di scelta delle forme giuridiche, verificando che le operazioni poste in essere non siano giustificabili anche per ragioni extrafiscali e di impresa, Cass. Sez. Trib., 21 gennaio 2011, *Rv 616371*. Su questi temi, anche per gli opportuni riferimenti, sia consentito rinviare a T. GIACOMETTI, *La problematica distinzione tra evasione, elusione fiscale e abuso del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2013, p. 451 ss.

10. La giurisprudenza domestica, al contrario di quella europea da cui ha tratto origine, appare decisamente orientata ad affermare l'applicabilità delle sanzioni amministrative nei casi in cui è contestato l'abuso del diritto, S. LA ROSA, *Gli incerti confini tra abuso del diritto, elusione ed illecito fiscale*, in *Riv. dir. trib.* 2012, II, p. 353; A. CONTRINO, *Sull'ondivaga giurisprudenza in tema di applicabilità delle sanzioni amministrative tributarie nei casi di "elusione codificata" e "abuso/elusione"*, in *Riv. dir. trib.* 2012, I, p. 261. Per un'interessante ricostruzione sistematica della questione L.R. CORRADO, *Elusione tributaria*,

nell'ambito penalistico: il giudice penale, di fronte a operazioni qualificate come elusive dagli organi del procedimento tributario, ha dovuto chiarire entro quali limiti i principi antiabusivi e antielusivi, affermatasi con forza in ambito tributario, possano concorrere alla qualificazione penale della condotta posta in essere, ai sensi delle fattispecie previste dal d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74.

Curiosamente, come il più noto caso Dolce e Gabbana, anche il procedimento oggetto della sentenza in commento verte sulla possibile illiceità penale di operazioni societarie poste in essere da un personaggio dotato di una certa notorietà, anche se in questo caso il giudizio è limitato alla verifica della astratta fondatezza delle imputazioni ai fini dell'applicabilità della misura cautelare reale.

Nello specifico, la Cassazione ha annullato con rinvio l'ordinanza del Tribunale di Roma¹¹ che aveva rigettato l'appello del Pubblico Ministero nei confronti del provvedimento con il quale il GIP aveva respinto la richiesta di applicazione del sequestro preventivo di immobili di proprietà dell'indagato, finalizzato alla confisca per equivalente del profitto del reato.

Nel sistema penale tributario, la confisca obbligatoria anche nella forma per equivalente dei beni che costituiscono il profitto dei reati ha un ruolo di primo piano. La l. 24 dicembre 2007, n. 244 (Finanziaria 2008) ha introdotto la possibilità di utilizzare tale incisivo strumento ablativo in presenza di un reato in materia di dichiarazione o di riscossione, stabilendo che per i delitti del d.lgs. 74/2000 «*si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni di cui all'art. 322-ter c.p.*», che disciplina la confisca in riferimento ad alcuni reati contro la pubblica amministrazione¹².

Diverse questioni interpretative si sono poste a seguito di tale importante modifica legislativa: al di là della possibile applicazione retroattiva della confisca, ormai pacificamente esclusa anche dalla giurisprudenza, riconosciuta la natura sanzionatoria della misura¹³, e della ancora più spinosa questione della confiscabilità dei beni della persona giuridica nel cui interesse è stato commesso il reato, stante la mancata estensione ai reati tributari della disciplina prevista dal d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231¹⁴, la stessa tecnica normativa utilizzata per estendere la confisca alla materia tributaria ha prodotto dubbi interpretativi non marginali, solo di recente superati.

L'art. 322-ter c.p., infatti, regola in via generale la confisca obbligatoria del prezzo e del profitto dei reati contro la Pubblica Amministrazione (quelli previsti dagli artt. da 314 a 320 c.p.), prevedendo la possibilità di ricorrere alla confisca *per equivalente* del solo prezzo. La confisca per equivalente del profitto, nell'art. 322-ter, co. 2, c.p., era consentita, come ipotesi derogatoria alla regola generale, solo per il reato di corruzione attiva. Un'interpretazione rigorosa, dunque, non avrebbe consentito che il rinvio alla

abuso del diritto (comunitario) e inapplicabilità delle sanzioni amministrative, in *Riv. dir. trib.* 2010, p. 551 ss.

11. Trib. Roma, 2 ottobre 2012, in *Defure*.

12. La confisca è applicabile a tutti i reati del d.lgs. 74/2000 ad eccezione di quello contemplato dall'art. 10, *Occultamento o distruzione di documenti contabili*, che strutturalmente mal si sarebbe prestato a questo tipo di misura.

13. Il fatto che la confisca per equivalente prescinda da un rapporto di immediata derivazione del bene appreso con l'illecito, ma si ponga come risposta, uguale e contraria, all'ottenimento di un profitto attraverso la commissione di un reato, conferisce a tale strumento «una connotazione prevalentemente afflittiva» ossia una «natura eminentemente sanzionatoria», C. Cost. ord. 2 aprile 2009, n. 97 in *Foro it.* 2009, I, c. 2596; in materia di confisca dell'autoveicolo v. anche C. Cost. 4 giugno 2010, n. 196, in *Cass. pen.* 2011, p. 534 con nota di V. MANES, *La confisca "punitiva" tra Corte Costituzionale e Cedu: sipario sulla truffa delle etichette*; criticamente sulla «degenerazione in pena patrimoniale» della confisca per equivalente, A.M. MAUGERI, *La confisca per equivalente – art. 322-ter – tra obblighi di interpretazione conforme ed esigenze di razionalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2011, p. 826. In ragione della riconosciuta natura sanzionatoria dell'istituto, la confisca non può operare se il debito con l'amministrazione finanziaria è sanato e, dunque, è stato annullato il beneficio economico tratto dalla commissione del reato, nonostante la restituzione configuri solo una circostanza attenuante dei reati tributari (art. 13); in caso contrario, infatti, si avrebbe una duplicazione irragionevole della risposta sanzionatoria – la confisca unita alla estinzione del procedimento tributario con il pagamento dell'imposta evasa; così *Cass. Sez. III*, 12 luglio 2012, *Rv* 253851 e *Cass. Sez. III*, 1 dicembre 2010, *Rv* 249752; E. MUSCO, F. ARDITO, *Diritto penale tributario*, Bologna, 2010, p. 74; in senso dubitativo v. A. LANZI, P. ALDROVANDI, *Manuale di diritto penale tributario*, Padova, 2011, p. 180.

14. Sul tema cfr., anche per ulteriori riferimenti, L. TROYER, S. CAVALLINI, *Reati tributari commessi dagli amministratori e confisca per equivalente dei beni societari: stop and go della giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. pen. cont.*, 19 marzo 2013.

3

IL RICHIAMO AL PRINCIPIO “DOLCE E GABBANA” NON È SUFFICIENTE A FARE CHIAREZZA

disciplina dell'art. 322-ter c.p. si estendesse anche a tale secondo comma, unico a prevedere la confisca obbligatoria per equivalente del profitto.

E' evidente, d'altra parte, come nei reati tributari non sia immaginabile rinvenire un prezzo dell'illecito, mentre è presente piuttosto un profitto, costituito in genere da un risparmio di imposta¹⁵. Del resto, la confisca per equivalente del profitto per i reati fiscali, introdotta nel 2007, è uno strumento fortemente incisivo e con una larga potenzialità di applicazione, perché in grado di neutralizzare tutto il vantaggio economico derivante dall'illecito, in base al calcolo dell'ammontare dell'imposta evasa: la ricchezza direttamente ricavata dal reato viene sottratta attraverso la confisca di una somma di denaro considerata ad essa fungibile¹⁶.

La stessa tecnica legislativa, con il rinvio all'art. 322-ter c.p., era stata utilizzata per estendere l'applicabilità della confisca ai reati indicati nell'art. 640-quater c.p.¹⁷; in quell'occasione, come in riferimento ai reati del d.lgs. 74/2000, la giurisprudenza ha dato al rinvio un'interpretazione coerente con la finalità di estendere lo strumento più incisivo tra quelli offerti dall'art. 322-ter c.p., ossia la confisca per equivalente del profitto, recependo così la disciplina sia del primo che del secondo comma dell'articolo¹⁸.

Questi dubbi interpretativi sono stati superati a seguito dell'intervento legislativo operato dalla “legge anticorruzione” (l. 190/2012)¹⁹ con la opportuna modifica del primo comma art. 322-ter c.p. che ora prevede la confisca per equivalente sia del prezzo che del profitto del reato.

Dalla lettura della sentenza in esame emerge come il profitto oggetto della richiesta di sequestro derivi, secondo l'ipotesi accusatoria, dalla commissione reiterata del reato di dichiarazione infedele (art. 4, d.lgs. 74/2000) attraverso una complessa operazione giudicata elusiva in sede tributaria, i cui contorni fattuali non appaiono controversi.

La fattispecie di dichiarazione infedele rappresenta il più ampio dei tre cerchi concentrici delle incriminazioni delle dichiarazioni mendaci che costituiscono il nucleo essenziale del sistema penale-tributario. Proprio nel delitto di dichiarazione infedele emerge il ruolo preminente conferito alla dichiarazione annuale per la tutela del gettito fiscale²⁰: questa fattispecie rappresenta il primo fronte dell'intervento penalistico

15. Il profitto sequestrabile, ai fini della confisca per equivalente, secondo un'interpretazione particolarmente rigorosa fornita dalla giurisprudenza di legittimità, si dovrebbe spingere a comprendere anche la somma ulteriore a quella già corrisposta all'erario a seguito di un accordo transattivo che prevede il pagamento rateale del debito: dalla natura schiettamente sanzionatoria della confisca per equivalente discenderebbe che la nozione di “imposta evasa” confiscabile sia più ampia di quella di profitto ex art. 240 c.p., comprendendo anche “*ulteriori vantaggi riflessi*” del reato tributario come interessi e sanzioni, Cass. sez. III, 4 luglio 2012, Rv 254737 e Cass. sez. V, 10 novembre 2011, Rv 253480, in relazione al reato di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte (art. 11, d.lgs. 74/2000). La nozione di profitto confiscabile ha, in effetti, subito un'opera di progressiva dilatazione da parte della giurisprudenza, tanto da avvicinarla a quella di “provento” di derivazione comunitaria, idonea a ricomprendere non solo i beni appresi direttamente come effetto dell'illecito ma anche i beni frutto dell'investimento in denaro “*in rapporto all'arricchimento complessivo*”, Cass. Sez. Un. 25 ottobre 2007, in G. dir. 2008, 17, p. 69; in senso più restrittivo, sul carattere della pertinenzialità, Cass. Sez. Un. 25 giugno 2009, in Riv. it. dir. proc. pen. 2011, p. 777 con nota di A.M. MAUGERI, cit.

16. Sul tema, A. ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in E. Dolcini, C. E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 2108. Nel caso di pluralità di indagati concorrenti nel medesimo reato tributario la giurisprudenza prevalente considera applicabile la misura cautelare del sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente a ciascuno dei concorrenti anche per l'intera entità del profitto derivante dalla commissione del reato (solidarietà), permettendo così di concentrare l'espropriazione in capo al concorrente che appare più capiente, pur con il limite per cui il sequestro non può avere ad oggetto beni per un valore eccedente il profitto, ad es. Cass. sez. V, 12 dicembre 2011, n. 1893, Rv 251797; v. anche D. FONDAROLI, *La “strana coppia”: sequestro e confisca per equivalente, cd. solidarietà passiva tra i correi*, in Arch. pen. 2011, p. 635.

17. Introdotto con la l. 29 settembre 2000, n. 300.

18. E. MUSCO, F. ARDITO, *op. cit.*, p. 71; Cass. Sez. Un. 22 novembre 2005, Muci, G. dir. 2005, 47, p. 52, in riferimento all'art. 640-quater c.p.; in riferimento ai reati tributari ad es. Cass. sez. III, 27 gennaio 2011, in Foro it. 2011, II, c. 546; cfr. in chiave critica L. DELLA RAGIONE, *La confisca per equivalente nel diritto penale tributario*, in Dir. pen. cont., 13 novembre 2010 e V. MAIELLO, *Confisca, CEDU e diritto dell'Unione tra questioni risolte ed altre ancora aperte*, in questa Rivista, 2012, 3-4, p. 55.

19. Sulla modifica dell'art. 322-ter cfr. B. BEVILACQUA, *Le misure sanzionatorie amministrative e penali della legge anticorruzione (l. 6 novembre 2012, n. 190)*, in Dir. pen. cont., 28 maggio 2013.

20. Come affermato dalla Cassazione, Sez. Un., 25 ottobre 2000, Rv 215212: “*il legislatore individua nella presentazione della dichiarazione annuale la condotta tipica e il momento di rilevanza penale della fattispecie, e nella lesione dell'interesse erariale all'integrale riscossione delle imposte dovute, piuttosto che nella generica trasparenza fiscale, l'oggetto giuridico della tutela penale*”.

per la violazione del dovere di fedeltà nell'atto dell'autotassazione²¹. Mentre i delitti di cui agli artt. 2 e 3 del d.lgs. 74/2000 si incentrano su falsificazioni contabili connotate da frodolenza, la dichiarazione infedele presuppone che la dichiarazione sia mendace rispetto all'attivo effettivamente conseguito e agli elementi passivi rappresentati, senza che il mendacio sia frutto di artifici contabili: perciò questa fattispecie si presterebbe, meglio delle altre, a includere anche le condotte elusive, caratterizzate dall'assenza di frodolenza nell'esposizione contabile e dalla fedele rappresentazione delle operazioni poste in essere, che tuttavia appaiono strumentalmente realizzate senza alcuna ragione economica diversa dall'aggiornamento (dall'elusione, appunto) della normativa fiscale²².

La vicenda processuale ha ad oggetto l'operazione con cui un noto attore ha trasferito, dietro un compenso annuale, i diritti di utilizzazione della propria immagine ad una società controllata da lui stesso e da membri della sua famiglia; alla società l'attore avrebbe dovuto poi cedere il 40% dei compensi annuali percepiti, con l'effetto di trasformare una rilevante quota degli introiti in costi deducibili e con una riduzione sensibile della base imponibile.

Non ritenendo fondate le ragioni gestionali addotte dalla difesa, il Tribunale aveva ravvisato l'abuso del diritto nella costituzione di uno schermo societario solo apparente, allo scopo esclusivo di ridurre l'ammontare dei redditi prodotti della persona fisica; tuttavia, nell'accogliere la ricostruzione accusatoria in merito all'abusività dell'operazione contestata, ha al contempo escluso che la stessa potesse essere penalmente rilevante, alla luce di quanto affermato nella sentenza Dolce e Gabbana. Come noto, secondo l'interpretazione fornita dalla Cassazione in quella pronuncia, che sia il Tribunale che la Corte, nella sentenza in commento, affermano di condividere, *“non qualunque condotta elusiva ai fini fiscali può assumere rilevanza penale, ma solo quella che corrisponde ad una specifica ipotesi di elusione espressamente prevista dalla legge (...) nel campo penale non può affermarsi l'esistenza di una regola generale antielusiva, che prescindendo da specifiche norme antielusive, così come, invece, ritenuto dalle citate Sezioni Unite civili della Corte Suprema di cassazione, mentre può affermarsi la rilevanza penale di condotte che rientrino in una specifica disposizione fiscale antielusiva”*²³.

Secondo il Tribunale l'operazione realizzata non sarebbe penalmente rilevante, pur essendo abusiva, in quanto non rientrante tra le operazioni elencate in modo (pseudo) tassativo dall'art. 37-bis, co. 3, d.P.R. 600/1973, né essendo consentito etichettarla come elusiva in forza di un'altra norma speciale (come l'art. 37, co. 3, d.P.R. 600/1973, sulla interposizione fittizia di persona)²⁴. In altri termini il Tribunale è giunto ad escludere

21. La dichiarazione infedele si configura nelle ipotesi di minore gravità non connotate dall'elemento della frodolenza che invece è presente nei reati di dichiarazione fraudolenta mediante l'uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti e di dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici (artt. 2 e 3, d.lgs. 74/2000). La disposizione si indirizza verso la mancata indicazione di proventi effettivamente ottenuti e traccia la linea di confine (data dal superamento delle soglie) tra illecito penale e illecito amministrativo, A. PERINI, *Reati tributari*, in *Dig. Disc. Pen.*, Agg. 2013, p. 495; G. BERSANI, *I reati di dichiarazione infedele e di omessa dichiarazione*, Padova, 2003, p. 15.

22. Ad es. E. MUSCO, F. ARDITO, *op. cit.*, p. 167 e G. SPAGNOLO, *Diritto penale tributario*, in AA.VV., *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2000, p. 778; A. LANZI, P. ALDROVANDI, *op. cit.*, p. 163 ss. In realtà sull'assenza in tutte le condotte elusive di profili di frodolenza sembra lecito avanzare qualche dubbio, in particolare in riferimento a operazioni smaccatamente simulatorie, cfr. A. PERINI, *op. cit.*, p. 505; v. però Trib. Teramo, 3 ottobre 2011, cit. Oltre al reato di cui all'art. 4, condotte qualificate in sede tributaria come elusive/abusivo possono configurare anche il reato di omessa dichiarazione (art. 5, d.lgs. 74/2000), specie se in relazione a operazioni riconducibili alla esterovestizione e alla cd. stabile organizzazione: il procedimento “Dolce e Gabbana”, in effetti, parrebbe consistere in un caso di esterovestizione, fenomeno di per sé, peraltro, assimilabile all'evasione più che all'elusione; sul tema, v. ancora A. MEREU, *op. cit.*, p. 1028.

23. Cass. pen., II sez., 22 novembre 2011, cit.

24. Trib. Roma, 2 ottobre 2012, cit.: *“Segue che nel campo penale, come condivisibilmente sottolineato nella sentenza “D. & G.”, non qualunque condotta elusiva ai fini fiscali può assumere rilevanza penale, ma solo quella che corrisponde ad una specifica ipotesi di elusione espressamente prevista dalla legge. [...] Se questo è vero, allora poiché la fittizia esterovestizione operata dal gruppo di noti stilisti oggetto della menzionata pronuncia è espressamente prevista nell'elenco delle condotte elusive, tale condotta va considerata (anche) penalmente rilevante [...] Per contro, non è dato trovare (ma il Pubblico Ministero appellante, per verità, non l'ha nemmeno indicata) analoga tassativa previsione antielusiva per il caso della costituzione di una società di capitali che in realtà non ha alcuna ragione economica di esistere. [...] Attualmente, esiste solo una norma, non del tutto pertinente allo specifico caso del B., costituita dall'art. 30 della legge 23 dicembre 1994, n. 724, avente ad oggetto le cosiddette “società di comodo” o “scatole vuote”, dove però si ipotizzano condizioni diverse e cioè la totale inesistenza oggettiva dell'attività, mentre nel caso della “S.”, potrebbe parlarsi, al più, d’“inesistenza soggettiva”, per così dire, atteso che la società ha comunque alle proprie dipendenze due persone che in realtà lavorano per l'indagato, il quale promuove e ricerca in totale solitudine le sue occasioni*

la sussistenza del reato nel caso sottoposto alla sua attenzione facendo applicazione del principio espresso nella sentenza Dolce e Gabbana, che limita la rilevanza penale delle condotte qualificabili come elusive a quelle rientranti nell'ambito di applicazione della norma generale antielusiva (art. 37-bis d.P.R. 600/1973). La Cassazione, dichiarando a sua volta di aderire all'interpretazione della sentenza Dolce e Gabbana, arriva alla soluzione opposta, ritenendo che l'operazione concretamente realizzata sia pienamente riconducibile ad una di quelle elencate dall'art. 37-bis d.P.R. 600/1973.

Il contrasto tra Tribunale e Corte di cassazione si incentra sulla possibilità, negata dal primo e invece affermata dalla seconda, di ricondurre l'operazione posta in essere dall'imputato nell'ambito dell'istituto dei conferimenti in società di cui all'art. 2464 c.c., ossia di uno dei modelli di operazioni elencati dalla norma antielusiva generale (art. 37-bis d.P.R. 600/1973, co. 3 lett. b). Secondo la Corte, l'attribuzione dei diritti di utilizzazione economica dell'immagine dell'attore alla società da lui costituita e controllata si tradurrebbe in una cessione dei conferimenti, posto che ai sensi dell'art. 2464 c.c., come modificato dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 di riforma del diritto societario, sono considerati conferimenti in società tutti gli elementi dell'attivo suscettibili di valutazione economica²⁵. Secondo tale interpretazione l'operazione realizzata corrisponderebbe ad una di quelle dell'elenco dell'art. 37-bis d.P.R. 600/1973 (peraltro decisamente ampio, nonché formulato in termini alquanto generici) e sarebbe quindi suscettibile di accertamento da parte dell'amministrazione finanziaria che, una volta rilevato il carattere elusivo, ne disconosce i favorevoli effetti tributari.

4

GLI EFFETTI INDESIDERABILI DEL MODELLO "DOLCE E GABBANA" E L'ESIGENZA DI AUTONOMIA DEL DIRITTO PENALE

Come si è visto, alla luce del principio espresso nella sentenza Dolce e Gabbana, dall'applicabilità in sede tributaria dell'art. 37-bis d.P.R. 600/1973 discenderebbe la rilevanza penale dell'operazione, nel caso specifico a titolo di dichiarazione infedele (art. 4, d.lgs. 74/2000) e, nella fase cautelare, la possibilità di applicare il sequestro preventivo finalizzato alla confisca del profitto. Naturalmente, il reato potrà dirsi configurato solo se ne saranno accertati anche gli altri elementi costitutivi.

Essendo la fattispecie di cui all'art. 4 d.lgs. 74/2000 formulata in chiave residuale rispetto ai reati di dichiarazione fraudolenta, e in termini idonei ad abbracciare ogni tipo di mendacio nel momento dichiarativo, la rilevanza penale della condotta sarà determinata dal superamento delle soglie di punibilità²⁶ e dalla presenza del dolo di evasione²⁷.

professionali, avvalendosi, di volta in volta, di professionisti da lui nominati, essendo la società una mera schermatura a fini fiscali. Né può ritenersi pertinente l'ipotesi del "conferimento in società" elencata nel più volte richiamato art. 37 bis del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, in quanto tale ipotesi concerne il caso di trasferimento della proprietà (per lo più di beni immobili, ma non solo) dal socio alla società".

25. L'art. 2464 c.c., relativo alla disciplina della s.r.l., dispone che possono essere conferiti tutti gli elementi dell'attivo suscettibili di valutazione economica, ovvero per i quali vi sia una concreta possibilità di valutare monetariamente ed in termini obiettivi l'entità conferita, a prescindere dalla iscrivibilità o meno degli stessi in bilancio, C. CINCIOTTI, *La nuova disciplina dei conferimenti nelle s.r.l.*, in *Le società* 2003, p. 1581; G. CORASANITI, *Profili tributari dei conferimenti in natura e degli apporti in società*, Milano, 2008, p. 119.

26. Ciò sul presupposto che, come sembrerebbe preferibile, il superamento delle soglie sia considerato un elemento costitutivo del reato – perché concorrente, insieme agli altri elementi del fatto tipico, a determinare la carica offensiva – e non una condizione obiettiva di punibilità. Del resto, la nozione di imposta evasa (art. 1, lett. f), d.lgs. 74/2000), che qualifica le soglie di punibilità, non ha a che fare con il reale conseguimento economico derivante dall'illecito, esterno dunque alla condotta, quanto piuttosto con un'operazione di calcolo da cui risulta la differenza tra l'imposta effettivamente dovuta e quella indicata in dichiarazione. In dottrina chi ritiene che le soglie rappresentino elementi costitutivi, ad es. P. VENEZIANI, *Le soglie di punibilità nei delitti tributari*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, p. 2141; M. ROMANO, *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo)*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 1733, sottolinea come, alla luce del disegno complessivo del sistema penale tributario, esse abbiano la funzione di incidere sulla offensività della fattispecie, non contrassegnando una mera ragione di opportunità della punizione. Il dolo dell'agente dovrebbe ricadere anche sul superamento dei limiti dell'evasione di imposta, per cui il dolo di evasione sarebbe qualificabile come dolo generico e non specifico: così, A. PERINI, *op. cit.*, p. 499; cfr. la prospettiva contraria, ma coerente, di G. SPAGNOLO, *op. cit.*, p. 763, il quale partendo dal presupposto che l'elemento soggettivo configurato sia quello del dolo specifico rileva che, se la legge avesse considerato l'entità dell'imposta evasa come un elemento del fatto coperto dal dolo, non avrebbe avuto senso richiedere il fine di evadere l'imposta: l'avere previsto il dolo specifico di evasione indicherebbe dunque che il superamento delle soglie di punibilità, non coperto dal dolo, sarebbe una condizione di punibilità; nel senso che le soglie rappresenterebbero delle condizioni obiettive di punibilità, anche A. MARTINI, *Reati in materia di finanze e tributi*, in C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro (diretto da), *Trattato di diritto penale*, XVII, Milano, 2010, p. 366 ss.; in giurisprudenza, Cass. sez. III, 26 maggio 2011, in *Fisco* 1, 2011, 29, p. 4715.

27. Il dolo specifico di conseguire l'evasione interpretato come necessaria direzione finalistica e idoneità allo scopo prefissato, v. C. PEDRAZZI, *Qualche*

E tuttavia, il fondamentale accertamento di quest'ultimo dipenderà dal grado di "automatismo" con il quale dalla applicazione in sede tributaria della norma antielusiva si farà discendere la responsabilità penale²⁸: automatismo che la sentenza Dolce e Gabbana parrebbe autorizzare dal momento che, facendo leva sull'ampia definizione di imposta evasa di cui all'art. 1, lett. f), d.lgs. 74/2000, sottolinea come il contribuente sia chiamato a tenere conto "nel momento in cui redige la dichiarazione, del complessivo sistema normativo tributario, che assume carattere precettivo nelle specifiche disposizioni antielusive", cosicché l'imposta elusa dovrebbe essere considerata di per sé imposta evasa²⁹.

E' interessante notare come nella sentenza Dolce e Gabbana si indichi che solo la violazione della "fattispecie elusiva provvista dei necessari caratteri di determinatezza" dell'art. 37-bis d.P.R. 600/1973 possa dare luogo anche alla fattispecie *evasiva* del diritto penale senza che ciò contrasti con il principio di legalità, e con il canone di tassatività, mentre la pronuncia in esame arrivi più apertamente ad affermare che "nulla osta, a livello di ordinamento nazionale (ed europeo) alla rilevanza penale dell'abuso del diritto, (...) in ragione del rispetto del principio di capacità contributiva (art. 53 co. 1 Cost.) e del principio di progressività nell'imposizione (art. 53 co. 2 Cost.)."

Questo diretto riferimento alla rilevanza penale dell'abuso del diritto pare confermare che la stessa Corte è ben consapevole della equivalenza sul piano sostanziale dell'elusione e dell'abuso del diritto, entrambi fondati sul medesimo tipo di giudizio di comparazione tra *ratio* dell'operazione realizzata, mancanza di ragioni economiche diverse dal risparmio d'imposta e fattispecie tributaria che si ritiene aggirata³⁰. Elusione e abuso del diritto non si differenziano sul piano del modello di giudizio, sostanzialmente analogico, per clausole generali e comparazione tra principi – convergenti nella clausola generalissima del divieto dell'abuso del diritto – su cui si fonda, in entrambi i casi, il carattere *indebito* del risparmio di imposta ottenuto: da ciò discende che la tassatività dell'art. 37-bis d.P.R. 600/1973, invocata dalla Cassazione, a ben guardare è più apparente che reale. La nozione di elusione fiscale è essenzialmente fluida e rimessa ad un giudizio comparativo rispetto alla *ratio* delle norme tributarie cosicché, al pari del principio generale dell'abuso del diritto, non può che essere estranea al diritto penale, perché la contestazione dell'elusione si riassume fondamentalmente in un illecito atipico³¹.

Ciò che differenzia abuso ed elusione non è il modello di giudizio ma il fatto che solo nella seconda il disconoscimento degli effetti tributari dell'operazione, da parte dell'amministrazione finanziaria, avviene all'esito del procedimento, in contraddittorio con il contribuente, definito dall'art. 37-bis d.P.R. 600/1973 e solo in riferimento ai tipi di operazioni che lo stesso articolo elenca.

riflessione sulla frode fiscale, in Id., *Diritto penale*, Vol. IV, Milano, 2003, p. 410; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2011, p. 322

28. V. il rilievo in questo senso di R. LUPI, *L'impossibile supplenza penale alla mancata sistematicità nella richiesta delle imposte*, in *Dial. Trib.* 2013, p. 210, il quale sottolinea come l'adozione consapevole di un regime giuridico poi contestato dall'Amministrazione tributaria rischi di essere ritenuta equivalente alla sussistenza del fine di evadere le imposte.

29. In tale senso espressamente in dottrina A. MARTINI, *op. cit.*, p. 400; sebbene in termini più problematici anche F. GALLO, *Elusione, risparmio di imposta e frode alla legge*, in *Giur. comm.* 1989, I, p. 326; la dottrina maggioritaria nega che le condotte elusive possano essere penalmente rilevanti sottolineando ineliminabili conflitti con il principio di legalità della automatica trasposizione in sede penale dell'esito dell'applicazione della norma antielusiva, incentrato sulla comparazione delle *ratio* della norma elusa e della operazione realizzata: si v. A. ALESSANDRI, *L'elusione fiscale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1990, p. 1075; G.M. FLICK, *Abuso del diritto ed elusione fiscale: quale rilevanza penale?*, in *Giur. comm.* 2011, I, p. 476 ss.; E. MUSCO, F. ARDITO, *op. cit.*, p. 167 ss.; A. LANZI, P. ALDROVANDI, *op. cit.*, p. 170; P. VENEZIANI, *Elusione fiscale, "esterovestizione" e dichiarazione infedele*, in *Dir. pen. proc.* 2012, p. 868; G. FLORA, *Perché l'elusione fiscale non può costituire reato (a proposito del caso "Dolce & Gabbana")*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.* 2011, p. 869; L. TROYER, A. INGRASSIA, *"Il fatto in quanto integrante fattispecie di natura elusiva, non è previsto dalla legge come reato": ovvero dell'irrelevanza penale dell'elusione fiscale*, in *Riv. dott. commercialisti*, 2010, p. 895; cfr. anche A. PERINI, *La tipicità inafferrabile, ovvero elusione fiscale, "abuso del diritto" e norme penali*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.* 2012, p. 736, secondo il quale il reato di dichiarazione infedele si presta a comprendere anche l'esposizione di costi *indeducibili*: essendo proprio la non deducibilità dei costi l'effetto della contestazione dell'elusione, le operazioni elusive parrebbero di conseguenza anche penalmente rilevanti; secondo il citato A., tuttavia, l'applicazione del canone del principio dell'abuso del diritto si scontrerebbe inevitabilmente con il principio di legalità.

30. V., ad es, M. BEGHIN, *L'abuso e l'elusione fiscale*, cit., p. 1302.

31. Si v. in particolare A. PERINI, *Reati tributari*, cit., p. 512 ss. Per una sintesi critica del concetto, P. COMANDUCCI, *Abuso del diritto e interpretazione giuridica*, in V. Velluzzi (a cura di), *op. cit.*, p. 19 ss.; M. ATIENZA, J. RIUZ MANERO, *Abuso del diritto e diritti fondamentali*, *ivi*, p. 31 ss.; sull'abuso del diritto come argomento anziché come istituto, quand'anche codificato, A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, p. 401 ss.; per ulteriori riferimenti si consentito ancora il rinvio a T. GIACOMETTI, *op. cit.*, p. 467.

Non pare accettabile perciò, se non a costo della violazione delle garanzie di legalità fondamentali³², la traslazione nella sede penale del giudizio sulla elusività/abusività della condotta operata in sede tributaria sul presupposto che vi sia equivalenza con quello sulla infedeltà della dichiarazione: sembra dunque opportuno sottolineare ancora una volta come “la diversità, strutturale e funzionale, tra abuso ed illecito non potrebbe essere più chiara”³³.

Tuttavia, non pare nemmeno potersi escludere che in tutti i casi in cui sia contestato l’abuso (o l’elusione) nel procedimento tributario il giudice penale possa riscontrare un’evasione se emerge anche un profilo di fittizietà tale da rendere la dichiarazione infedele: se l’operazione realizzata, come la costituzione di una società, lungi dall’essere un’operazione reale, si sia concretizzata nella realizzazione di un mero schermo³⁴, di una scatola vuota, mai effettivamente operante se non nella funzione di mascheramento di manifestazioni reddituali, allora il giudice penale, nella sua autonomia di giudizio, dovrebbe applicare le fattispecie di cui al d.lgs. 74/2000, sul presupposto che ci si confronti con un’evasione d’imposta attuata mediante simulazione. L’evasione nella dichiarazione consisterebbe, in tal caso, non solo nella predisposizione di operazioni complesse al fine di ottenere un risparmio d’imposta, ma nell’aver ottenuto questo risultato attraverso l’occultamento di qualche elemento fattuale che si sia riverberato nella dichiarazione³⁵: principalmente, nell’aver mentito sul reale possessore del reddito, ai sensi dell’art. 1 T.u.i.r. Parrebbe, in definitiva, opportuno un ripensamento dei rapporti tra elusione e diritto penale, svincolando la fattispecie penale dalle statuizioni circa il carattere elusivo/abusivo dell’operazione nel procedimento tributario³⁶.

Nell’ottica proposta non sarebbe la qualificazione dell’operazione sul piano tributario come elusione (con applicazione dell’art. 37-bis d.P.R. 600/1973) o abuso del diritto (con contestazione del principio generale di origine pretoria) ad agire da discrimine sul piano penale: in un rovesciamento di prospettiva, il giudice penale dovrebbe verificare se l’operazione posta in essere costituisca un’evasione di imposta ai sensi del d.lgs. 74/2000 a prescindere dall’applicazione delle disposizioni in materia di elusione o di abuso del diritto in sede tributaria³⁷.

Se è vero che gli strumenti negoziali potenzialmente elusivi sono in genere sofisticati (se non contorti) ma del tutto palesati nella dichiarazione³⁸, non pare *a priori* necessario

32. V. ad es., molto chiaramente, F. MUCCIARELLI, *Abuso del diritto, elusione fiscale e fattispecie incriminatrici*, in G. Maisto (a cura di), cit., p. 432.

33. C. PIERGALLINI, *Civile e penale a perenne confronto: l'appuntamento di inizio millennio*, in Riv. it. dir. proc. pen. 2012, p. 1299.

34. Come nel caso dell’interposizione fittizia di cui all’art. 37, co. 3, d.P.R. 600/1973, v. G. FALSITTA, *Manuale*, cit., p. 217 ss.; v. anche, sempre in ambito tributario, per un caso di “nascondimento di ricchezza al fisco ottenuto mediante l’impiego di particolari strutture negoziali” che dà luogo a evasione, nel quale il corrispettivo del lavoro dipendente (come calciatore) è stato trasferito ad un soggetto societario fittiziamente interposto, M. BEGHIN, *La Cassazione prosegue nell’opera di “cesellatura” della nozione di abuso del diritto*, in Corr. trib. 2010, p. 1347 in commento a Cass. Sez. trib. 26 febbraio 2010, n. 4737, e la nota di G. FALSITTA, *Spunti critici e ricostruttivi sull’errata commistione di simulazione ed elusione nell’onnivoro contenitore dell’abuso del diritto*, in Riv. dir. trib. 2010, II, 33. Interessante a questo proposito il progetto di legge del 1980 (Progetto Reviglio) che, nella versione iniziale, poi modificata nel testo definitivo della l. 516/1982, prevedeva (al n. 5 dell’art. 6) una fattispecie di frode fiscale applicabile proprio a “chi occulta il possesso di redditi facendoli risultare di altrui spettanza mediante l’interposizione fittizia o facendo risultare i cespiti produttivi come appartenenti a società costruite o utilizzate appositamente a tal fine”: cfr. criticamente, in particolare per le difficoltà di prova che tale tipizzazione avrebbe comportato, V. UCKMAR, *L’interposizione fittizia e le società di comodo quali ipotesi di reati fiscali*, in *Evasione fiscale e repressione penale*, Padova, 1982, p. 161; A. LOVISOLO, op. cit., p. 3.

35. Secondo M. BEGHIN, *Diritto tributario*, cit., p. 209, quando ci si riferisce ad “abbattimenti d’imposta ‘pilotati’, caratterizzati dal nascondimento del fatto o da furbate sull’interpretazione del diritto” non si è più nell’ambito della pianificazione e della scelta legittima del regime fiscale più vantaggioso, ma si sconfinano nell’evasione.

36. Ciò tanto più se si tiene presente che per condotte cui sarebbe applicabile la disposizione antielusiva dell’art. 37-bis d.P.R. 600/1973 non di rado si procede attraverso il più semplificato ricorso al principio generale antiabusivo, la cui violazione, secondo l’interpretazione più comunemente accolta, è peraltro rilevabile d’ufficio dal giudice, v., criticamente, F. TESAURO, *Elusione e abuso nel diritto tributario italiano*, in *Dir. prat. trib.* 2012, I, p. 689; E. MARELLO, *Elusione fiscale ed abuso del diritto: profili procedurali e processuali*, in *Giur. it.* 2010, p. 1731. In riferimento alle prevalenti fattispecie di frode fiscale della l. 516/1982, sottolineava l’esigenza di svincolare la fattispecie penale dalla statuizione della condotta elusiva in sede tributaria, G. BERSANI, *Elusione e frode fiscale: considerazioni sulla rilevanza penale delle fusioni societarie poste in essere in assenza dei presupposti economici*, in *Riv. pen.* 1996, p. 676.

37. Condivisibilmente, si esprime in questi termini una sentenza di merito precedente a quella della Cassazione nel procedimento Dolce e Gabbana: Trib. Teramo, 3 ottobre 2011, cit., secondo il quale l’applicabilità delle fattispecie penali in materia di dichiarazione sono applicabili “a prescindere da come la medesima operazione venga descritta o definita in altri settori dell’ordinamento, specificamente in quello tributario, per il perseguimento di scopi che non siano quelli della repressione dei reati”.

38. Le operazioni sono anche illustrate nella nota integrativa al bilancio, con ciò rendendo operativa la causa di esclusione della punibilità di cui all’art. 7.

escluderne la rilevanza penale nell'ambito del delitto di dichiarazione infedele (o, se del caso, di omessa dichiarazione). In talune ipotesi, non infrequenti nella prassi, si rileva infatti come la strutturazione di complesse operazioni infrasocietarie realizzate al solo scopo di ottenere un risparmio fiscale, lungi dal comportare solo un biasimo morale, si fonda anche sul nascondimento o sulla simulazione di circostanze o presupposti dei negozi posti in essere³⁹. Se allora di simulazione si tratta, non essendoci una reale volontà negoziale, la dichiarazione potrebbe essere considerata *infedele ex art. 4* per l'esposizione di elementi attivi inferiori a quelli *effettivi* o di elementi passivi *fittizi*. Questa lettura dà conto di come nella nozione fluida di elusione possano essere comprese anche condotte penalmente rilevanti non perché l'elusione, come abuso del diritto, sia un concetto trasponibile, di per sé, nel diritto penale, ma in ragione dei suoi effetti *sul momento dichiarativo*, non diversi da quelli di una evasione. Del resto, la contrapposizione stessa tra evasione ed elusione, oltre che ambigua, sembra sganciata da appigli normativi sicuri⁴⁰.

Affinché il discorso non diventi circolare, il giudizio di rilevanza penale si dovrebbe appuntare su indici ulteriori rispetto a quelli della mancanza di ragioni economiche e della contrarietà alla *ratio* del sistema tributario: tali indici potrebbero essere proficuamente ricavabili in particolare da specifiche disposizioni di legge che qualificano come elusive determinate categorie di operazioni, senza tuttavia applicare le presunzioni tributarie che quelle norme consentono in punto di prova del carattere elusivo. Per altre operazioni il giudice penale non potrebbe accontentarsi della eventuale inopponibilità eccepita dall'amministrazione finanziaria *ex art. 37-bis* d.P.R. 600/1973, ma dovrebbe spingersi ad operare un esame delle condotte utilizzando tutti i mezzi di prova del processo penale per stabilire il carattere *fittizio e apparente* degli strumenti utilizzati. Operazioni di nascondimento e simulazione potrebbero essere considerate di *evasione* dell'imposta dal giudice penale, senza che una loro classificazione come elusive nell'ambito tributario possa apparire una contraddizione⁴¹.

Alla luce di questo nuovo intervento della Corte di cassazione, merita di essere segnalato l'elevato rischio di slabbramento dei confini dell'illecito penale, configurato come mera conseguenza dell'esito di un giudizio proprio del procedimento amministrativo caratterizzato da estrema discrezionalità, rischio tanto più temibile in quanto all'irrogazione della pena, accompagnata dalla, altrettanto afflittiva, sanzione della confisca per equivalente, si affianca in genere la sanzione amministrativa applicata nel parallelo giudizio. La cumulabilità delle due sanzioni, oltre che discendere dal principio dell'autonomia dei due procedimenti, è ora avallata dalla Corte di Giustizia la quale, recependo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, e implicitamente affermando l'ingresso dei principi della CEDU nel diritto (penale) dell'Unione, ha affermato che *"il principio del ne bis in idem sancito all'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea non osta a che uno Stato membro imponga, per le medesime violazioni di obblighi dichiarativi in materia di imposta sul valore aggiunto, una sanzione tributaria e successivamente una sanzione penale, qualora la prima sanzione non sia di natura penale, circostanza che dev'essere verificata dal giudice nazionale"*⁴².

39. Così, G. FALSITTA, *L'interpretazione antielusiva*, cit., p. 18.

40. V. in particolare A. PERINI, *Reati tributari*, cit., p. 496 sul concetto di "elemento passivo fittizio" come componente negativo del reddito non deducibile; cfr. G.M. FLICK, *op. cit.*, p. 481, il quale sottolinea l'esigenza di valorizzare una nozione autonoma nell'ambito del diritto penale della *fittizietà* dei costi. E' stato, del resto, sollevato un richiamo più generale alla tendenza a concentrare l'attività di accertamento su quanto dichiarato dai soggetti dotati di una struttura organizzativa e amministrativa (le imprese che non siano a gestione familistico-patronale) per le quali la tassazione discende dal risultato della contabilità aziendale, nella quale le contestazioni si concentrano sul *regime giuridico del dichiarato* (evasione cd. interpretativa), trascurando le verifiche, più onerose e necessariamente in punto di fatto anziché di diritto, sulla capacità economica *nascosta al fisco* dagli operatori economici che possono permetterselo perché sfuggono agli schemi rigidi della tassazione analitico-aziendale; in tale contesto l'elusione, i cui contorni appaiono sempre più vaghi, diviene la nuova *"preoccupante frontiera dell'inferno del dichiarato"*, R. LUPI, *Elusione fiscale, paradiso e inferno*, Milano, 2008, p. 243; in ambito penalistico, D. TERRACINA, *Riflessi penali dell'evasione fiscale*, Roma, 2012, p. 55.

41. Ciò, in particolare, se si considera la tendenza, nell'ambito del diritto tributario, a ricorrere al principio generale del divieto di abuso del diritto anche per casi di negozi simulati, riconducibili più propriamente all'evasione di imposta, F. TESAURO, *Elusione e abuso*, cit., p. 699.

42. CGUE, 26 febbraio 2013, Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson, C-617/10, in *Dir. pen. cont.*, 15 aprile 2013 con nota di D. VOZZA.

In definitiva, gli effetti dell'accoglimento dell'interpretazione fornita dalla sentenza Dolce e Gabbana iniziano a farsi palesi: l'equiparazione tra violazione della norma antielusiva e evasione, se nasce da comprensibili preoccupazioni sugli effetti perniciosi del fenomeno elusivo, dimostra una tendenza verso un atteggiamento pan-penalizzante della giurisprudenza in materia tributaria, i cui risultati si pongono talvolta in frizione con il principio di legalità⁴³.

43. Così, P. ALDROVANDI, *La nozione di "fatture o altri documenti per operazioni inesistenti" nel "diritto vivente" ed il "nuovo volto" del diritto penale tributario*, in *Ind. pen.* 2012, p. 217 ss., sia in riferimento alle recenti modifiche legislative che alla giurisprudenza.

Incostituzionali le restrizioni ai colloqui difensivi dei detenuti in regime di “carcere duro”: nuovi tracciati della Corte in tema di bilanciamento dei diritti fondamentali

*Nota a Corte cost., 17 giugno 2013 (dep. 20 giugno 2013),
n. 143, Pres. Gallo, Rel. Frigo*

SOMMARIO

1. PREMessa. – 2. LA “LABILITÀ” DEL PARAMETRO E LA “DIGNITÀ COSTITUZIONALE” DEL DIRITTO DEL DETENUTO DI CONFERIRE CON IL DIFENSORE. – 3. I LIMITI DI TOLLERABILITÀ COSTITUZIONALE DELLE RESTRIZIONI AI COLLOQUI DIFENSIVI. LE PRECEDENTI PRONUNCE DELLA CORTE. – 4. I NEOINTRODOTTI LIMITI “QUANTITATIVI” AL DIRITTO AI COLLOQUI COI DIFENSORI DEI DETENUTI IN REGIME DI “CARCERE DURO”. – 5. LA DECISIONE DELLA CORTE: L’ESCLUSIONE DI SOLUZIONI “SALVIFICHE” A CARATTERE INTERPRETATIVO. – 6. L’IDONEITÀ DELLE RESTRIZIONI A PENALIZZARE IL DIRITTO DI DIFESA. – 7. L’IMPIEGO DELLE NORME DELLA CEDU (E DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI STRASBURGO) COME CANONE INTERPRETATIVO DELLA COSTITUZIONE. – 8. LE “COORDINATE” DEL GIUDIZIO DI “BILANCIAMENTO”.

1 PREMESSA

Dopo che una precedente sollecitazione in tal senso era rimasta senza eco per ragioni di ordine processuale¹, la cesaia della Corte costituzionale si abbatte sui limiti “quantitativi” ai colloqui con i difensori dei detenuti in regime di “carcere duro” (art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. *b*, ultimo periodo, ord. penit.: non più di tre colloqui visivi o telefonici alla settimana, della durata massima, rispettivamente, di un’ora o di dieci minuti ciascuno); limiti introdotti pochi anni addietro da uno dei tanti “pacchetti sicurezza” (la l. 15 luglio 2009, n. 94) nel quadro di un generale intervento di inasprimento del predetto regime detentivo, ma senza aver fatto debitamente i conti – secondo la Corte – con la garanzia di inviolabilità del diritto di difesa.

La decisione presenta diversi profili di rilievo e passaggi di spiccata originalità, capaci di mettere quasi in secondo piano – se fosse possibile – l’esito di accoglimento della questione: la loro valenza esorbita, infatti, dallo specifico *thema decidendum*, finendo per coinvolgere, come si vedrà, coordinate “strategiche” generali del sindacato di legittimità costituzionale.

1. Con l’ordinanza n. 220 del 2010, la Corte ha dichiarato manifestamente inammissibile una questione di legittimità costituzionale sostanzialmente identica all’attuale per carenza del requisito dell’incidentalità e totale difetto di motivazione sulla rilevanza. Nell’occasione, il giudizio principale era stato, infatti, introdotto da un reclamo direttamente rivolto contro la nuova disciplina prevista dall’art. 41-*bis* ord. penit., al solo scopo di sindacarne la legittimità costituzionale; né, d’altra parte, risultava dall’ordinanza di rimessione che il reclamante avesse chiesto colloqui in eccesso rispetto al limite consentito, incorrendo in un provvedimento di rigetto dell’amministrazione penitenziaria. Analoghi profili di inammissibilità non emergevano, per converso, rispetto alla questione decisa con la sentenza in commento. Nella specie, infatti, il procedimento principale era stato generato dal reclamo di un detenuto sottoposto al regime del “carcere duro”, volto a censurare il rigetto, da parte dell’autorità penitenziaria, della sua richiesta di colloquio visivo con il difensore designato in un procedimento penale pendente, a causa dell’avenuta effettuazione, nella stessa settimana, di tre ore di colloquio (“tetto” massimo stabilito dalla norma censurata) con altro difensore, designato in un procedimento di sorveglianza.

Prima di tutto, e comunque, con la sentenza n. 143 del 2013 la Corte aggiunge un ulteriore, importante tassello alla sua diuturna opera di “riempimento” e di “concretizzazione” del “labile” enunciato dell’art. 24, secondo comma, Cost.

Di primo acchito scultorea e “potente”, la formula costituzionale relativa al diritto di difesa mostra, in effetti – come da tempo si è osservato – un marcato tasso di genericità in entrambe le sue componenti (oggetto e predicato). Qualificare la «difesa» come «diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento» giova, in effetti, ancora a poco, se nulla si dice sull’essenza di quel diritto, sulle singole garanzie ad esso strumentali e sul modulo processuale più idoneo a valorizzarne la funzione: non discutendosi qui – diversamente che per altri diritti, parimenti definiti «inviolabili» (ad esempio, la libertà personale) – di una situazione dotata di sostrato materiale e ontologicamente esistente a prescindere dalla relativa disciplina normativa. La «difesa» è, al contrario, una situazione squisitamente “giuridica”, posto che il rapporto intercorrente, a fini difensivi, tra un soggetto e la vicenda processuale che lo riguarda è esclusivo prodotto dell’intervento del legislatore².

La stessa solenne proclamazione di «inviolabilità» ha, d’altra parte, una valenza assai meno nitida di quanto possa sembrare. È assodato, infatti, che la qualificazione di un certo diritto come «inviolabile» non basta, di per sé, a sottrarlo al bilanciamento con altre esigenze costituzionalmente rilevanti³. A questo destino non sfugge il diritto di difesa⁴: ma allora, ad evitare che l’aggettivazione in questione sbiadisca in un mera sottolineatura enfatica, diviene essenziale stabilire quale sia il tetto massimo di tollerabilità delle restrizioni che l’attività difensiva può patire a vantaggio di esigenze contrapposte⁵.

Ambedue i nodi problematici vengono al pettine nello specifico frangente, nel quale si tratta di dare risposta ad un puntuale interrogativo: se, e in quali limiti, detenuti “ad elevato indice di pericolosità” possano vedere compresso il diritto di conferire con le persone investite della loro difesa tecnica. A questo proposito – se si resta al nudo precetto costituzionale – non v’è, in effetti, davvero nulla che possa dirsi scontato. Diversamente dalle corrispondenti norme delle Carte internazionali – art. 6, § 3, lett. c), della CEDU; art. 14, § 2, del Patto internazionale sui diritti civili e politici; art. 47 della Carta di Nizza – l’art. 24, secondo comma, Cost. non fa alcun riferimento espresso neppure al generico diritto all’assistenza tecnica dell’accusato. Su questo versante, peraltro – come si ricorda nella decisione in commento – il terreno è ampiamente arato. Sin dai primordi, la giurisprudenza costituzionale è stata, infatti, perentoria nell’affermare che la dimensione costituzionale del diritto di difesa non si esaurisce nel diritto all’autodifesa – inteso come complesso di attività mediante le quali l’imputato è posto in grado di influire sullo sviluppo dialettico del processo – ma si estende anche al diritto alla difesa tecnica, che del diritto di difesa rappresenta una componente indefettibile⁶, anche perché funzionale alla realizzazione dei principi del contraddittorio e della “parità delle

2. A. SCELLA, *Per una storia costituzionale del diritto di difesa: la Corte e le ambiguità del processo «misto»*, in G. Conso (a cura di), *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 197. V. pure C. CESARI, *Difesa tecnica, difesa d’ufficio e gratuito patrocinio*, *ivi*, p. 241.

3. Sul bilanciamento di interessi, per tutti, G. SCACCIA, *Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1998, pp. 3953 ss.

4. La giurisprudenza costituzionale è, in effetti, costante nel ritenere che, in linea di principio, l’esercizio delle facoltà difensive possa essere variamente modulato dal legislatore o patire restrizioni, quando entri in gioco la necessità di salvaguardare istanze di livello costituzionale (tra le altre, Corte cost., sentenze n. 317 e n. 173 del 2009, n. 297 del 2008, n. 407 del 1993; per la specifica affermazione, riferita alle modalità della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti – nella specie, nascenti da rapporti di lavoro – per cui «i diritti dei detenuti devono trovare un ragionevole bilanciamento nel diritto della collettività alla corretta esecuzione delle sanzioni penali», Corte cost., sentenza n. 341 del 2006). In una prospettiva di contemperamento con il principio di ragionevole durata del processo, la Corte, ha giudicato, ad esempio, a più riprese infondata la questione di legittimità costituzionale relativa alla mancata previsione del diritto di ottenere un termine a difesa a favore del difensore designato d’ufficio ai sensi dell’art. 97, comma 4, c.p.p., nel caso di assenza del difensore nominato in via principale, non giustificata da legittimo impedimento: ciò, pur riconoscendo che, in tali ipotesi, possono determinarsi carenze sul piano dell’esercizio di una difesa informata (Corte cost., sentenza n. 450 del 1997, ordinanze n. 162 del 1998 e n. 17 del 2006). Sul punto, v. peraltro anche *infra*, § 8.

5. A. SCELLA, *op. cit.*, p. 198.

6. Ad esempio, Corte cost., sentenze n. 59 del 1963, n. 125 del 1979 e n. 80 del 1984.

armi”⁷. A tal punto indefettibile, anzi, da portare a negare che l’art. 24 Cost. salvaguardi il diritto all’“autodifesa esclusiva”⁸.

Di qui a riconoscere, in termini generali, la “dignità costituzionale” del diritto ai colloqui difensivi il passo è, peraltro, breve, anche perché obbligato: ciò, sebbene si debba attendere non poco per trovarne una affermazione diretta e “sacrale” nella giurisprudenza della Corte⁹. È di palmare evidenza, infatti, che – come reiteratamente affermato, col consueto pragmatismo, dalla Corte europea dei diritti dell’uomo (facendo aggio, peraltro, sul dato testuale dell’art. 6, § 3, lett. c, della Convenzione) – «se un avvocato non potesse intrattenersi con il suo cliente senza essere controllato e riceverne istruzioni riservate la sua assistenza perderebbe molto della sua utilità»¹⁰. Dunque, se la garanzia costituzionale della difesa comprende la difesa tecnica, comprende anche – come un ulteriore cerchio concentrico – il diritto a conferire riservatamente col difensore.

Quello che per un soggetto in stato di libertà è essenziale, diviene, d’altronde, addirittura “vitale” per la persona detenuta, la quale – come pure si rimarca nella sentenza annotata – in ragione delle restrizioni connesse al suo stato, che le consentono «solo [...] limitate possibilità di contatti interpersonali con l’esterno» (e prima ancora – potrebbe aggiungersi – ne escludono la libertà di locomozione), viene a trovarsi «in una posizione di intrinseca debolezza rispetto all’esercizio delle facoltà difensive»¹¹.

3

I LIMITI DI TOLLERABILITÀ COSTITUZIONALE DELLE RESTRIZIONI AI COLLOQUI DIFENSIVI. LE PRECEDENTI PRONUNCE DELLA CORTE

Raggiunto senza soverchia difficoltà tale approdo preliminare – per cui il colloquio riservato del detenuto col difensore si pone sotto il cono protettivo dell’art. 24, secondo comma, Cost. – l’indagine si fa decisamente meno piana allorché vengano in discussione i margini entro i quali il relativo diritto può venire sacrificato sull’altare della salvaguardia di contrapposti interessi di rilievo costituzionale. Complessivamente, nella nostra giurisprudenza costituzionale, il tema appare assai meno “visitato” che non nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo: soprattutto, è mancata, diversamente che in questa – almeno fino alla sentenza che qui si commenta – l’enunciazione, in termini generali, dell’“algoritmo” che deve presiedere alle operazioni del genere considerato.

Per comodità di discorso, le limitazioni al diritto ai colloqui difensivi possono essere distinte in due categorie: quelle inerenti all’“*an*” e quelle concernenti il “*quantum*”.

La Corte costituzionale ha avuto modo di misurarsi, in precedenza, a più riprese, con limitazioni operanti sul primo fronte. Lo ha fatto già nel vigore del codice Rocco, scrutinando la norma che negava in modo “secco” all’imputato *in vinculis* la possibilità di conferire col difensore prima dell’espletamento dell’interrogatorio (art. 135 c.p.p. del 1930): regola che venne all’epoca “salvata” proprio e principalmente in una prospettiva di bilanciamento con interessi antagonisti, individuati segnatamente nelle finalità della

7. A detti fini, è apparso infatti essenziale che, alla specifica capacità professionale del soggetto chiamato a sostenere le ragioni dell’accusa – il pubblico ministero – si contrapponga quella di un soggetto di pari qualificazione, che affianchi e assista l’imputato. Per controbattere efficacemente le tesi del pubblico accusatore – specie quelle attinenti al valore tecnico-giuridico del fatto – occorre, in effetti, poter spendere nozioni tecnico-giuridiche delle quali l’imputato non è normalmente in possesso; e, quando pure le abbia, solo l’assistenza del difensore assicura la freddezza e la lucidità – la «distaccata serenità», come si usa dire nelle decisioni della Corte – necessarie per scegliere ed elaborare la linea difensiva più vantaggiosa.

8. Donde la ben nota conclusione – risalente agli “anni di piombo”, ma ribadita nel vigore del nuovo codice – per cui la circostanza che la legge processuale imponga la nomina di un difensore di ufficio all’imputato che opti per il rifiuto di difendersi o per la difesa personale non contrasta con alcun parametro costituzionale (Corte cost., sentenza n. 125 del 1979, ordinanza n. 421 del 1997). La preclusione all’autodifesa esclusiva finisce, di fatto, per assicurare un livello di garanzia più elevato di quello espresso dall’alternatività tra autodifesa e difesa tecnica, che è invece testualmente prefigurata dalle Carte internazionali.

9. La prima affermazione di tal segno sembra, in effetti, rinvenibile nella sentenza n. 216 del 1996 (alla quale si farà riferimento anche più avanti), ove si riconosce che fra i diritti inerenti alla difesa dell’imputato rientra «il diritto di conferire con il difensore», «al quale fa riscontro il diritto del difensore di conferire con il proprio assistito ai fini di un efficace dispiegamento della sua attività».

10. Tra le altre, Corte EDU, 13 gennaio 2009, Rybacki contro Polonia; 9 ottobre 2008, Moiseyev contro Russia; 27 novembre 2007, Asciutto contro Italia; 27 novembre 2007, Zagaria contro Italia; 5 ottobre 2006, Marcello Viola contro Italia; 12 marzo 2003, Öcalan contro Turchia; 31 gennaio 2002, Lanz contro Austria.

11. Per analogo rilievo, in dottrina, C. LARA, *Colloqui telefonici difensivi per il condannato: preventiva autorizzazione discrezionale o lacuna normativa*, in *Giur. merito*, 2012, p. 2386.

“carcerazione preventiva” – istituto anch’esso espressamente previsto in Costituzione (art. 13, ultimo comma) – tra le quali doveva annoverarsi «quella di evitare che l’inquisito o l’imputato distorca i fatti o inquina le prove, cioè, in definitiva, cerchi di eludere l’applicazione della proporzionata sanzione punitiva»¹².

Sopravanzando in “garantismo” la Corte, il nuovo codice di rito ha, peraltro, notoriamente rimosso la ricordata disciplina limitativa, sancendo l’opposto principio per cui «l’imputato in custodia cautelare ha diritto di conferire con il difensore fin dall’inizio dell’esecuzione della misura» (art. 104, comma 1, c.p.p.). L’esclusione dei colloqui cessa, dunque, di rappresentare la regola, per divenire un’eccezione fortemente circoscritta (almeno a livello normativo), nei presupposti e nei tempi: l’esercizio del diritto in questione può essere, infatti, dilazionato dal giudice, nel corso delle indagini preliminari, su richiesta del pubblico ministero, solo «quando sussistono specifiche ed eccezionali ragioni di cautela» e «per un tempo non superiore a sette giorni», ridotti poi a cinque dalla l. 8 agosto 1995, n. 332 (art. 104, comma 3, c.p.p.).

La nuova previsione ha lasciato, nondimeno, del tutto “scoperto” un versante, sul quale non sono tardate ad addensarsi le nubi: quello, cioè, del diritto ai colloqui difensivi del detenuto in forza di condanna definitiva, riguardo al quale il nuovo codice rimaneva affatto silente, così come la legge di ordinamento penitenziario (l. 26 luglio 1975, n. 354)¹³. Di qui il corrente convincimento – rispondente alla prassi operativa – che i colloqui difensivi del condannato ricadessero nella generale disciplina dell’ordinamento penitenziario relativa ai colloqui con persone diverse dai congiunti e dai conviventi¹⁴: il che comportava il loro assoggettamento ad una autorizzazione discrezionale del direttore dell’istituto, avente come parametro il riscontro dell’esistenza di “ragionevoli motivi”¹⁵.

Sottoposto alla verifica della Corte, il ricordato assetto è stato giudicato, tuttavia, inconciliabile col precetto dell’art. 24, secondo comma, Cost. Con pronuncia a carattere additivo, il cui tenore risente chiaramente del “nuovo clima”, la Corte ha, quindi, omologato – in punto di regola generale – la posizione del condannato in via definitiva a quella dell’imputato, dichiarando costituzionalmente illegittimo l’art. 18 ord. penit., nella parte in cui non riconosceva al primo il diritto a conferire con il difensore «fin dall’inizio dell’esecuzione della pena» (sentenza n. 212 del 1997)¹⁶. È rimarchevole come, nella circostanza, la Corte abbia attribuito ai colloqui difensivi una valenza che prescinde dallo stretto collegamento con una vicenda giudiziaria già in atto, pure *prima facie* evocato dal disposto costituzionale (a fronte del quale l’inviolabilità della difesa si manifesta «in ogni stato e grado del procedimento»). Il diritto a conferire con il difensore – “strumentale” rispetto al diritto alla difesa tecnica e, dunque, come questo incluso nel perimetro della tutela costituzionale – ha infatti, per notazione della Corte, non solo lo scopo di «predisporre le difese e decidere le strategie difensive», ma anche, e prima ancora, quello di «conoscere i propri diritti e le possibilità offerte dall’ordinamento per tutelarli e per evitare o attenuare le conseguenze pregiudizievoli cui si è esposti». Di conseguenza, il diritto in questione deve poter essere esercitato «non solo in relazione ad un procedimento già instaurato, ma altresì in relazione a qualsiasi possibile procedimento contenzioso suscettibile di essere instaurato per la tutela delle posizioni garantite, e dunque

12. A tale argomento si affiancava l’altro secondo il quale l’art. 24, secondo comma, Cost. «garantisce, bensì, la difesa in ogni stato e grado del procedimento, ma non postula la presenza del difensore nella continuità dell’iter processuale» (così Corte cost., sentenza n. 26 del 1972, confermata dalle ordinanze n. 100 e n. 178 del 1972).

13. Il regolamento penitenziario si occupava dei difensori al solo scopo di stabilire che i relativi colloqui con i detenuti dovessero svolgersi in «appositi locali», a ciò destinati (art. 35, comma 6, d.P.R. 29 aprile 1976, n. 431, corrispondente dall’art. 37, comma 6, del vigente d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230).

14. Art. 18, primo comma, ord. penit. e art. 35, primo comma, d.P.R. n. 431 del 1976.

15. Per tutti, al riguardo, E. BERTOLOTTO, *Art. 18*, in V. Grevi-G. Spangher-F. Della Casa (a cura di), *Ordinamento penitenziario*, IV ed., Padova, 2011, p. 241; F. FONTI, *Art. 18 l. 26 luglio 1975, n. 354*, in A. Giarda-G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, IV ed., Milano, 2010, p. 10275.

16. A commento della decisione, R. BRICCHETTI, *Il direttore dell’istituto penitenziario non dovrà più autorizzare i colloqui*, in *Guida dir.*, 1997, pp. 70 ss.; F. DELLA CASA, *Il colloquio con il difensore in sede esecutiva: da “graziosa concessione” a “diritto”*, in *Dir. proc. pen.*, 1998, pp. 210 ss.

anche in relazione alla necessità di preventiva conoscenza e valutazione – tecnicamente assistita – degli istituti e rimedi apprestati allo scopo dall’ordinamento»¹⁷.

Ciò posto, la Corte ha escluso che detto diritto possa patire compressioni o condizionamenti in ragione dello stato di detenzione del suo titolare, «se non nei limiti eventualmente disposti dalla legge a tutela di altri interessi costituzionalmente garantiti» – dunque, sempre in ottica di “bilanciamento” (come avviene, ad esempio, per le «temporanee» e «limitate» sospensioni prefigurate dal citato art. 104, comma 3, c.p.p.). L’amministrazione penitenziaria può disciplinare, bensì – in correlazione alle ineludibili esigenze di ordine e sicurezza delle carceri – le modalità di esercizio del diritto (orari e locali di svolgimento, modi di identificazione del difensore, ecc.), senza però, che tale potestà possa «trasformare il diritto in una situazione rimessa all’apprezzamento dell’autorità amministrativa, e quindi soggetta ad una vera e propria autorizzazione discrezionale».

A seguito della sentenza del 1997 – come si rileva in quella annotata – i colloqui coi difensori di tutti detenuti, anche definitivi, sono stati quindi emancipati non solo da provvedimenti autorizzatori, ma anche (almeno fino all’intervento del “pacchetto sicurezza 2009”) da limitazioni relative a frequenza e durata, quali quelle previste dalla normativa penitenziaria per i colloqui con congiunti o con altre persone (art. 37 reg. esec.)¹⁸.

4

I NEOINTRODOTTI LIMITI “QUANTITATIVI” AL DIRITTO AI COLLOQUI COI DIFENSORI DEI DETENUTI IN REGIME DI “CARCERE DURO”

Con la sentenza in commento, il sindacato della Corte viene a spostarsi sull’altro versante: quello, cioè, delle limitazioni inerenti al “quantum”. La norma sottoposta a scrutinio, infatti, non esclude *tout court*, per un certo lasso temporale (come i provvedimenti adottati ai sensi dell’art. 104, comma 3, c.p.p.), la possibilità di esercizio del diritto del detenuto ai colloqui difensivi, e neppure la condiziona (come il quadro normativo censurato dalla sentenza n. 212 del 1997) al *placet* dell’amministrazione penitenziaria¹⁹. Essa fissa, invece, rigidi “tetti quantitativi legali” ai momenti di contatto tra il soggetto *in vinculis* e i suoi avvocati: “tetti” valevoli, peraltro, non per la generalità dei detenuti,

17. La puntualizzazione si giustificava segnatamente a fronte del fatto che, nella prassi operativa, le autorità carcerarie subordinavano il rilascio dell’autorizzazione alla pendenza di procedimenti giurisdizionali nei quali il difensore fosse stato designato (R. BRICCHETTI, *op. cit.*, p. 70).

18. F. DELLA CASA, *op. cit.*, p. 213.

Ciò almeno per quanto riguarda i colloqui *visivi*. Secondo la giurisprudenza di legittimità, rimarrebbero, infatti, tuttora applicabili al difensore le limitazioni ai colloqui *telefonici* stabilite dall’art. 39 reg. esec. con riferimento ai congiunti e alle “terze persone” (limite numerico: un solo colloquio settimanale, ovvero non più di due colloqui al mese ove si tratti di detenuti per delitti di cui all’art. 4-bis, comma 1, primo periodo, ord. penit.; limite di durata del singolo colloquio: dieci minuti), nonché la sottoposizione di tali colloqui alla valutazione del direttore dell’istituto (preventiva autorizzazione, sulla base di «ragionevoli e verificati motivi»). Tale disciplina limitativa si giustificerebbe, infatti – secondo la Corte di cassazione – con i problemi di gestione tecnica degli impianti e non determinerebbe comunque una violazione del diritto di difesa, stante la facoltà del detenuto di mantenere contatti grafici e visivi con il proprio difensore senza apposizione di limiti (Cass., 29 novembre 2011-20 dicembre 2011, n. 47326, in *C.E.D. Cass.*, n. 251419; Cass., 14 ottobre 2004-4 novembre 2004, n. 43154, *ivi*, n. 230094; in dottrina, F. PICOZZI, *Rimane aperto il dibattito sulla corrispondenza telefonica difensiva del condannato detenuto*, in *Cass. pen.*, 2010, pp. 1124 ss.).

La tesi è, peraltro, avversata da una parte della giurisprudenza di merito, secondo la quale i principi affermati dalla sentenza n. 212 del 1997 dovrebbero ritenersi operanti anche in rapporto ai colloqui telefonici, i quali rimarrebbero di conseguenza sottratti al limite numerico e alla valutazione dell’amministrazione penitenziaria, salvo per quanto attiene agli aspetti organizzativi, tecnici e di prevenzione di eventuali illeciti (Mag. sorv. Vercelli, 15 giugno 2011, in *Cass. pen.*, 2012, p. 1119; v. pure Mag. sorv. Vercelli, 17 giugno 2009, cit. in C. LARA, *op. cit.*, p. 2390; con particolare riguardo ai colloqui telefonici dei detenuti sottoposti al regime del 41-bis, nel senso che debba ritenersi illegittima l’imposizione da parte dell’amministrazione penitenziaria del limite di durata di dieci minuti, in quanto lesivo del diritto di difesa, anteriormente alla l. n. 94 del 2009, Mag. sorv. Novara, 10 marzo 2008). Critica anche la dottrina, la quale in particolare rileva come la conversazione telefonica non possa essere considerata un mezzo “residuale” di contatto col difensore, valendo a sopprimerlo ad un possibile difetto di alfabetizzazione del detenuto e, comunque, alla distanza tra luogo di detenzione e luogo di residenza del difensore, specie qualora si manifestino delle impellenze procedurali (C. LARA, *op. cit.*, pp. 2385 ss.).

Va da sé che l’ulteriore pronuncia della Corte, che qui si annota, non può che corroborare – anche per i suoi reiterati riferimenti ai colloqui telefonici – le perplessità sul corrente indirizzo della giurisprudenza di legittimità.

19. Per questo verso – contrariamente a quanto sostenuto dal giudice *a quo* – non è, in effetti ravvisabile alcun contrasto “diretto” tra la soluzione adottata dalla l. n. 94 del 2009 e i *dicta* della sentenza n. 212 del 1997, la quale, dichiarando l’illegittimità costituzionale, *in parte qua*, dell’art. 18 ord. penit., si è limitata ad escludere che i colloqui col difensore possano essere subordinati ad una autorizzazione discrezionale dell’autorità carceraria. Nella specie, il diritto ai colloqui con il difensore non è né escluso in radice, né rimesso al potere discrezionale dell’amministrazione penitenziaria: è il legislatore a fissare la durata e la cadenza dei contatti tra detenuto e difensore, ponendo restrizioni finalizzate a tutelare interessi considerati preminenti, quale la “difesa sociale” (P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Padova, 2010, p. 316).

ma solo per una specifica categoria di essi, differenziata dunque *in peius* rispetto alle altre e costituita dai detenuti soggetti allo speciale regime di sospensione delle regole del trattamento, disposto dal Ministro della giustizia ai sensi dall'art. 41-bis, comma 2, ord. penit.²⁰.

Introdotta quale rimedio a carattere temporaneo negli anni delle stragi di mafia (d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv., con modif., in l. 7 agosto 1992, n. 356), l'istituto in questione ha notoriamente, quale precipuo obiettivo²¹, quello di «congelare» la *leadership* degli esponenti di primo piano di organizzazioni criminali, recidendo il rapporto tra il carcere e l'esterno (cioè, in «controtendenza» rispetto alla disciplina ordinaria, che viceversa valorizza i collegamenti tra la popolazione detenuta e la società esterna, quali fattori di reinserimento sociale)²². Lo scopo è soprattutto di impedire che i membri di vertice in stato di detenzione, valendosi degli strumenti offerti dal normale regime penitenziario, possano continuare ad impartire ordini e direttive agli affiliati in stato di libertà, e così mantenere, anche dal carcere, il controllo sulle attività delittuose dell'organizzazione²³.

È altrettanto noto come l'istituto sia stato più volte sottoposto al vaglio della Corte, la quale, con una serie di sentenze interpretative di rigetto, ne ha profondamente modellato la fisionomia, assicurandone tuttavia la sopravvivenza e «convalidandone», in tal modo, la *ratio*²⁴. Anche la Corte EDU, reiteratamente investita del problema – specie sotto il profilo dell'asserita contrarietà del regime speciale al divieto di trattamenti inumani e degradanti – ha in genere ritenuto che lo scopo dianzi indicato fosse in grado di giustificare le restrizioni imposte²⁵.

Il concreto contenuto del regime detentivo speciale è stato, peraltro, definito per la prima volta, a livello normativo, solo con la l. 23 dicembre 2002, n. 279, che, ponendo fine alle reiterate proroghe dell'originario termine di vigenza, ha «stabilizzato» l'istituto, ridisegnandone la disciplina nella prospettiva di renderla maggiormente conforme ai principi costituzionali, in ossequio alle indicazioni fornite dalla Corte²⁶.

Stante la finalità del regime di sospensione, le restrizioni nelle quali esso si sostanzia non potevano evidentemente non investire anche, e *in primis*, il diritto ai colloqui, che rappresentano il veicolo più diretto e immediato di comunicazione del detenuto con

20. Si tratta del regime di «carcere duro» inteso a prevenire – come si legge in sentenza – la pericolosità di singoli detenuti proiettata verso l'esterno del carcere. Non viene, per converso, in rilievo la distinta ipotesi del comma 1 dell'art. 41-bis ord. penit., volta a fronteggiare situazioni generali di pericolo interno («casi eccezionali di rivolta» o «altre gravi situazioni di emergenza»): situazioni in presenza delle quali il Ministro della giustizia può sospendere nell'istituto interessato o in parte di esso l'applicazione delle normali regole di trattamento al fine di ripristinare l'ordine e la sicurezza, con provvedimento che ha la durata strettamente necessaria al conseguimento di tale fine. La disposizione limitativa sottoposta a scrutinio risulta, infatti, specificamente riferita alla sospensione disposta ai sensi del comma 2.

Merita di essere ricordato come, con riferimento allo specifico tema del diritto a conferire col difensore del detenuto sottoposto al regime del 41-bis, la Corte abbia ritenuto non illegittima la disciplina della partecipazione al dibattimento «a distanza», che prevede il ricorso a mezzi telefonici per le comunicazioni tra difensore e imputato: ciò, peraltro, sul rilievo che al difensore è sempre consentito, eventualmente anche tramite un sostituto, di essere presente nel luogo dove si trova l'imputato, così come al difensore e all'imputato sono posti a disposizione strumenti tecnici «idonei», che assicurino la reciproca possibilità di consultarsi riservatamente (Corte cost., sent. n. 342 del 1999).

21. A fianco dell'obiettivo «ufficiale», l'istituto è suscettibile di assumere anche finalità «collaterali» e «oblique» (talora, peraltro, anche apertamente dichiarate): quali, in specie, quella di fungere da strumento di pressione per indurre l'esponente mafioso a collaborare con la giustizia e di produrre un effetto deterrente nei confronti degli affiliati in libertà (*scilicet*, per l'incremento del tasso di afflittività della detenzione che vi si accompagna), assolvendo, così, da mezzo di prevenzione generale (per tutti, al riguardo, L. BRESCIANI, *Art. 2, comma 25, l. 15 luglio 2009, n. 94*, in G. De Francesco (a cura di), *Commentario al pacchetto sicurezza*, Torino, 2011, pp. 281 ss.). Dette finalità vengono peraltro trascurate dalla decisione in commento, essendo palese la loro inidoneità a giustificare una previsione limitativa del diritto di difesa.

22. L. BRESCIANI, *op. cit.*, p. 280.

23. L. BISORI-E. PROFITI, *Contrasto della criminalità organizzata e nuova disciplina delle misure di prevenzione*, in F. Giunta-E. Marzaduri (a cura di), *La nuova normativa sulla sicurezza pubblica*, Milano, 2010, p. 279; L. BRESCIANI, *op. cit.*, p. 280. Nello stesso senso la giurisprudenza della Corte, secondo la quale la disciplina in questione mira essenzialmente a «impedire i collegamenti dei detenuti appartenenti alle organizzazioni criminali tra loro e con i membri di queste che si trovino in libertà», collegamenti che potrebbero realizzarsi «attraverso i contatti con il mondo esterno» che lo stesso ordinamento penitenziario favorisce quali strumenti di reinserimento sociale (Corte cost., sentenza n. 376 del 1997; ordinanze n. 417 del 2004 e n. 192 del 1998).

24. Cfr. Corte cost., sentenze n. 349 e n. 410 del 1993, n. 351 del 1996 e n. 376 del 1997.

25. Tra le ultime, Corte EDU, 19 gennaio 2010, *Montani contro Italia*; 12 gennaio 2010, *Mole contro Italia*; 1° dicembre 2009, *Stolder contro Italia*; Grande Camera, 17 settembre 2009, *Enea contro Italia*; 20 gennaio 2009, *Zara contro Italia* (sul tema, anche per ulteriori richiami, si veda E. NICOSIA, *Il c.d. 41-bis è una forma di tortura o trattamento crudele, inumano o degradante?*, in RIDPP, 2009, 1240 ss.).

26. In origine, infatti, l'art. 41-bis ord. penit. si limitava a consentire la sospensione delle regole trattamentali senza ulteriori precisazioni, lasciando quindi alla discrezionalità amministrativa l'individuazione delle singole restrizioni.

l'esterno. In questa prospettiva, il comma 2-*quater*, lett. b), dell'art. 41-*bis* ord. penit., come novellato dalla citata legge n. 279 del 2002, prevedeva segnatamente che il regime speciale potesse comportare, tra l'altro: i) la riduzione del numero dei colloqui in misura «non inferiore a uno e non superiore a due al mese»; ii) il loro svolgimento in locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti (vetro divisorio); iii) il divieto di colloqui con persone diverse dai familiari, salvo casi eccezionali; iv) la possibilità di sottoporre i colloqui a controllo auditivo e a registrazione; v) la possibilità di autorizzare, solo dopo i primi sei mesi di applicazione del regime speciale, un colloquio telefonico mensile con i familiari, della durata massima di dieci minuti e sottoposto comunque a registrazione.

L'ultimo periodo della citata lett. b) precisava, peraltro, che le disposizioni da essa dettate «non si applicano ai colloqui con i difensori». Di conseguenza, anche per i detenuti soggetti al regime del 41-*bis*, restava fermo il diritto incondizionato – e non limitato “quantitativamente” – a conferire in modo riservato con il proprio difensore: ciò, in una evidente prospettiva di salvaguardia dell'inviolabilità della difesa.

L'esperienza applicativa della disciplina introdotta dalla legge del 2002, rappresentata in varie sedi istituzionali, evidenziava, tuttavia, come malgrado la sottoposizione al regime del 41-*bis*, i boss mafiosi riuscissero ad impartire sistematicamente dal carcere le proprie direttive e a commissionare delitti agli affiliati in libertà: e ciò – come accertato in qualche caso – anche avvalendosi dell'“intermediazione” dei difensori²⁷.

La conseguente, montante pressione per un irrigidimento del regime trovava concreta eco nella l. 15 luglio 2009, n. 94. Approfittando del disegno di legge n. 733/S in materia di «sicurezza pubblica», già all'esame delle Camere (cui erano originariamente estranee le tematiche della lotta alla criminalità organizzata), la maggioranza, d'accordo con l'opposizione, presentava alle Commissioni riunite affari costituzionali e giustizia del Senato un emendamento concernente la riforma dell'art. 41-*bis* ord. penit. e l'introduzione di un nuovo reato, volto a punire le condotte di agevolazione delle comunicazioni dei detenuti in regime speciale (art. 391-*bis* c.p.).

Le disposizioni in questione venivano quindi approvate in pieno spirito *bipartisan* da entrambi i rami del Parlamento, divenendo i commi 25 e 26 dell'art. 2 della citata legge n. 94 del 2009²⁸. Come inequivocamente emerge dai lavori parlamentari, con l'intervento in questione, si è inteso «ripristina[re] l'originario rigore del regime di detenzione

27. Al riguardo, A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale di cui all'art. 41-bis ord. penit.*, in S. Corbetta-A. Della Bella-G. L. Gatta (a cura di), *Sistema penale e “sicurezza pubblica”: le riforme del 2009*, Milano, 2009, pp. 447 ss.

Così, nella «Relazione al Parlamento sulle questioni emerse in sede di applicazione della nuova normativa in tema di regime carcerario speciale previsto dall'articolo 41-*bis* dell'ordinamento penitenziario», approvata dalla Commissione parlamentare antimafia nella seduta dell'8 marzo 2005, si affermava che «i detenuti sottoposti al regime differenziato comunicano con l'esterno e tra di loro, in modo continuo e ordinario», e si esprimeva la «forte preoccupazione per la possibilità che la gestione difettosa delle diverse opportunità concesse dalla nuova legge (socialità, numero di colloqui, di telefonate, etc.) possa determinare, al di là della inadeguatezza di singole previsioni, un indebolimento dell'efficacia operativa del presidio del 41-*bis*».

Nella Relazione sulla politica dell'informazione per la sicurezza (anno 2008), trasmessa dalla Presidenza del Consiglio dei ministri al Parlamento il 28 febbraio 2009, si evidenziava, da un lato, come, essendo stati assicurati alla giustizia molti capi “storici” dei principali clan mafiosi, «il profilo strategico delle associazioni risulta[sse] sempre più legato alle componenti in carcere, deputate ad elaborare le iniziative di maggior respiro»; dall'altro, come i boss detenuti fossero «capaci, nonostante i vincoli del regime differenziato del 41-*bis*, di indicare e sostenere le scelte operative ed economiche del gruppo di riferimento». Nella stessa Relazione si menzionava specificamente un'indagine relativa ad una famiglia mafiosa di “cosa nostra”, dalla quale era emerso che gli «esponenti apicali detenuti, sebbene tutti sottoposti al regime carcerario previsto dall'art. 41-*bis*, impartivano disposizioni ai gregari dell'organizzazione attraverso i colloqui con i congiunti e in video-conferenza con i propri difensori, tra i quali inserivano fittiziamente propri affiliati».

Di segno analogo le dichiarazioni pubbliche del Procuratore nazionale antimafia (intervista del luglio 2008, citata in A. DELLA BELLA, *op. cit.*, p. 447 nt. 5); mentre il Ministro della giustizia Alfano – in occasione di un'audizione davanti alla Camera quando erano ancora in corso i lavori parlamentari sul disegno di legge n. 733/S – aveva dichiarato che «per l'ennesima volta si è accertato come l'art. 41-*bis* non fosse sufficiente a impedire la trasmissione di ordini dal carcere all'esterno, che spesso si traducono in omicidi» (Camera dei deputati – Commissione II giustizia, seduta del 27 novembre 2008, audizione del Ministro della giustizia sulla situazione degli istituti penitenziari).

28. L'importanza della riforma era ribadita anche dal Presidente della Repubblica nella lettera del 15 luglio 2009, diretta al Presidente del Consiglio dei ministri e ai Ministri dell'interno e della giustizia, che ha accompagnato la promulgazione della legge. Nonostante le “perplexità” manifestate, sotto altri profili, sul testo approvato dalle Camere, il Capo dello Stato riteneva, infatti, di dover comunque promulgare la legge per «non sospendere l'entrata in vigore di norme ampiamente condivise in sede parlamentare, che rafforzano il contrasto alle varie forme di criminalità organizzata intervenendo sul trattamento penitenziario da riservare ai detenuti più pericolosi».

di cui all'art. 41-*bis*, comma 2, ord. pen.», rendendo, in particolare, «ancor più difficile ai detenuti – in particolare ai condannati per il reato di associazione mafiosa – la possibilità di mantenere collegamenti con le associazioni criminali di appartenenza»²⁹.

Le modifiche introdotte, in quest'ottica, al regime del “carcere duro” sono notevolmente articolate. La nuova disciplina incide in modo significativo, da un lato, sui presupposti e sul procedimento applicativo della misura (destinatari³⁰, condizioni e criteri di applicazione, durata, regime di proroga, impugnazione del provvedimento applicativo); dall'altro, sugli effetti in capo al detenuto, ossia sui contenuti del regime differenziato³¹.

Su questo secondo versante, alle modifiche *in duriores* non è ovviamente sfuggita la disciplina dei colloqui. L'art. 25, comma 2, lett. f), n. 2), l. n. 94 del 2009, novellando la lett. b) dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, ord. penit., ha, in particolare, ridotto ad uno solo il numero dei colloqui personali mensili (in precedenza, come ricordato, era «non superiore a due»); ha reso obbligatori (anziché discrezionali) il controllo auditivo e la videoregistrazione; ha stabilito che i colloqui telefonici possano essere concessi solo se non siano stati effettuati colloqui personali (e non già in aggiunta ad essi). Ma soprattutto – per quanto qui interessa – ha modificato l'ultimo periodo della citata lett. b), aggiungendo alla previsione per cui «le disposizioni della presente lettera non si applicano ai colloqui con i difensori» le parole «con i quali potrà effettuarsi, fino ad un massimo di tre volte alla settimana, una telefonata o un colloquio della stessa durata di quelli previsti con i familiari»: ossia della durata massima di un'ora, quanto ai colloqui visivi (art. 37, comma 10, reg. esec.), e di dieci minuti, quanto ai colloqui telefonici (terzo periodo della stessa lett. b) dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, ord. penit., che replica l'art. 39, comma 6, reg. esec.).

Il costruito normativo che risulta dall'interpolazione è tutt'altro che felice sul piano logico-sintattico: ma – come si rileva nella pronuncia annotata – il suo senso risulta egualmente chiaro. Ferma rimanendo l'inapplicabilità ai colloqui difensivi delle disposizioni (operanti invece per i colloqui con i familiari) che prescrivono il vetro divisorio, il controllo auditivo e la videoregistrazione, vengono introdotte per la prima volta limitazioni “quantitative” (frequenza settimanale e durata) al diritto dei detenuti in 41-*bis* a conferire con i propri difensori³².

La nuova previsione limitativa ha suscitato – ancor prima della sua approvazione definitiva – l'immediata reazione dell'Unione delle Camere penali, la quale ha scorto in essa l'espressione di un «tentativo di criminalizzare il difensore, individuato quale

29. In questi termini si esprime, in specie, la relazione dei senatori Berselli e Vizzini sul d.d.l. n. 733/S. Eloquente, altresì l'intervento dello stesso senatore Vizzini all'Assemblea del Senato del 4 febbraio 2009, secondo il quale «siamo di fronte ad un fenomeno che è ormai chiaro a tutti, che risulta da atti investigativi e da processi in corso. Vi sono soggetti che, reclusi secondo il regime del 41-*bis*, trasformano la loro sottoposizione al carcere duro in dimostrazione di potenza, continuando a colloquiare con l'esterno e soprattutto ad impartire ordini sul territorio ai loro accoliti di cosa nostra, della camorra, della 'ndrangheta. Il problema di fondo, quindi, è impedire una beffa enorme allo Stato che da un lato cattura i mafiosi e dall'altro si trova spesso di fronte alla circostanza che costoro continuano a mantenere il controllo sul territorio. (...) Lo sforzo che abbiamo compiuto non serve solo a punire il singolo soggetto, ma deve dare certezza che dalle carceri non si comanda perché nelle carceri comanda lo Stato e chi è stato condannato, se vuole evitare il carcere duro, ha un altro strumento: non fare più il mafioso e collaborare con lo Stato. (...) Quando i colloqui con i propri congiunti o con i propri avvocati non servono né per difendersi né per abbracciare o baciare un figlio, ma esclusivamente per portare ordini all'esterno, lo Stato ha il dovere di intervenire perché questa usanza cessi».

30. Alla stregua del vigente dettato dell'art. 41-*bis*, comma 2, ord. penit., la sospensione delle regole di trattamento può essere disposta nei confronti di detenuti o internati per taluno dei delitti di cui al comma 1 dell'art. 4-*bis* ord. penit. o comunque per un delitto che sia stato commesso avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione di tipo mafioso, in relazione ai quali vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, terroristica o eversiva.

31. Per un *excursus* complessivo su tali modifiche, cfr. L. BISORI-E. PROFITI, *op. cit.*, pp. 279 ss.; L. BRESCIANI, *op. cit.*, pp. 278 ss.; M. F. CORTESI, *Le misure di contrasto alla criminalità organizzata nel “pacchetto sicurezza”*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, pp. 1069 ss.; A. DELLA BELLA, *op. cit.*, pp. 447 ss.; C. FIORIO, *La stabilizzazione delle “carceri fortezza”: modifiche in tema di ordinamento penitenziario*, in O. Mazza-F. Viganò (a cura di), *Il pacchetto sicurezza 2009*, Torino, 2009, pp. 395 ss.

32. Per tutti, M. F. CORTESI, *op. cit.*, p. 14. Da notare che i difensori risultano evocati anche nella correlata norma incriminatrice di cui all'art. 391-*bis* c.p. (aggiunto dall'art. 2, comma 26, l. n. 94 del 2009), che punisce con la reclusione da uno a quattro anni chiunque consente a un detenuto sottoposto al regime detentivo speciale di comunicare con altri in elusione delle prescrizioni all'uopo imposte. La norma prevede, infatti, una pena maggiore (reclusione da due a cinque anni) se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale, da un incaricato di pubblico servizio o da un soggetto che esercita la professione forense (per l'analisi di tale figura delittuosa, L. BISORI-E. PROFITI, *op. cit.*, pp. 285 ss.; A. DELLA BELLA, *Nuovo delitto di “agevolazione” ai detenuti in “41-bis”*, in S. Corbetta-A. Della Bella-G. L. Gatta (a cura di), *Sistema penale e “sicurezza pubblica”: le riforme del 2009*, Milano, 2009, pp. 469 ss.).

possibile contatto con l'esterno»³³. Anche la dottrina ha, in prevalenza, accolto la nuova norma con marcato scetticismo, mettendone in discussione la tenuta costituzionale³⁴. Di tali dubbi di costituzionalità si è fatto, quindi, portavoce il Magistrato di sorveglianza di Viterbo con l'ordinanza di rimessione scrutinata dalla Corte.

Nel ritenere fondati i dubbi prospettati – quantomeno in riferimento alla dedotta violazione del diritto di difesa³⁵ – la Corte ha escluso che la questione si prestasse ad una soluzione di tipo interpretativo, volta a negare la configurabilità dei *vulnera* costituzionali denunciati a fronte di un difetto di correttezza o di completezza della ricostruzione del quadro normativo operata dal rimettente. È già questo, in effetti, un elemento di novità *in subiecta materia*, posto che, come in precedenza accennato, il ricorso a decisioni del genere considerato rappresenta una sorta di *file rouge* nella giurisprudenza costituzionale relativa al regime detentivo del 41-bis³⁶.

La Corte ha ritenuto, in particolare, che non potesse essere messo in discussione il presupposto interpretativo da cui muoveva il rimettente, e rispondente alla corrente prassi amministrativa³⁷, in forza del quale le limitazioni ai colloqui coi difensori stabilite dalla norma censurata operano a prescindere dal numero dei procedimenti nei quali il detenuto risulta coinvolto e, dunque, dal numero dei legali designati. Si tratta, infatti, di lettura pienamente rispondente agli obiettivi e alla lettera della previsione normativa (che menziona i «difensori» al plurale e non fa alcun accenno ad una ipotetica moltiplicazione del «monte colloqui» in funzione della pluralità dei procedimenti cui il detenuto sia interessato).

La contraria (e più che problematica) esegesi, secondo la quale le limitazioni dovrebbero intendersi riferite al singolo procedimento, avrebbe, d'altro canto, risolto la questione nel caso oggetto del giudizio *a quo* (rendendola irrilevante)³⁸, ma non il problema in generale, posto che, da un lato, alla luce di quanto affermato dalla sentenza n. 212 del 1997, il diritto del detenuto a conferire con il difensore deve potersi esplicare anche in rapporto a procedimenti ancora da instaurare; e, dall'altro, non è escluso che i limiti numerici e di durata dei colloqui possano porsi in tensione con l'effettività del diritto di difesa anche se riferiti ad un singolo procedimento.

Una diversa soluzione a carattere interpretativo, astrattamente prospettabile, avrebbe potuto essere quella di ritenere che le difficoltà di preparazione della difesa, indotte dalla disposizione censurata, fossero suscettibili di trovare un rimedio "endoprocedimentale" nell'istituto del legittimo impedimento: ciò sulla falsariga di quanto precedentemente affermato dalla Corte con la sentenza n. 216 del 1996, in riferimento al divieto

33. Giunta dell'Unione delle Camere penali, Osservazioni sul d.d.l. n. 733 sulla sicurezza (18 novembre 2008).

34. Hanno ritenuto la norma in questione lesiva dell'art. 24 Cost., in particolare, F. CALABRESE, *Prime osservazioni sulla conformità a Costituzione dell'intervento novellistico sull'art. 41-bis ord. penit.*, in *Osservatorio del processo penale*, diretto da A. GAITO, 2009, n. 4-5, pp. 89 ss.; M. F. CORTESI, *op. cit.*, p. 14 (specie in riferimento ai soggetti non ancora condannati in via definitiva); C. FIORIO, *op. cit.*, p. 415, il quale – riprendendo la notazione critica formulata dalla Giunta dell'Unione delle Camere penali – dubita altresì che i difensori possano essere normativamente gravati «di una sgradevole presunzione di reità».

35. Il riscontrato *vulnus* dell'art. 24, secondo comma, Cost. è stato ritenuto, infatti, "assorbente" rispetto alle ulteriori censure prospettate dal giudice rimettente, riferite segnatamente all'art. 3 Cost. (sotto il profilo dell'ingiustificata disparità di trattamento dei detenuti in regime speciale rispetto ai detenuti "ordinari", malgrado le esigenze difensive normalmente più accentuate dei primi) e all'art. 111, terzo comma, Cost. (sotto il profilo della lesione del diritto dei detenuti in questione a disporre del tempo e delle condizioni necessarie per preparare efficacemente la propria difesa).

36. Alle già citate decisioni anteriori alla l. n. 279 del 2002, possono aggiungersi, dopo di essa, l'ordinanza n. 417 del 2004 e la sentenza n. 190 del 2010.

37. Si tratta, infatti, della direttiva prontamente fornita agli uffici periferici dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria del Ministero della giustizia con circolare n. 297600-2009 del 3 settembre 2009. Lo stesso DAP ha, peraltro, anche ritenuto che i detenuti potessero "cumulare" i colloqui loro spettanti nell'arco della settimana: effettuare, cioè, in luogo di tre colloqui visivi o telefonici di un'ora o di dieci minuti ciascuno, un unico colloquio visivo o telefonico della durata, rispettivamente, di tre ore o di trenta minuti (circolari n. 434778-2009 del 3 dicembre 2009 e n. 233598-2010 del 1° aprile 2010). Lettura, questa, giovevole al detenuto, evitando il necessario frazionamento degli incontri o dei contatti telefonici con il difensore.

38. Come accennato, infatti, nella specie l'amministrazione penitenziaria aveva negato al detenuto il diritto al colloquio con il difensore di fiducia designato in un procedimento penale a causa dell'avvenuto raggiungimento del "tetto" settimanale per effetto del colloquio visivo di tre ore, avuto con il difensore designato in un distinto procedimento di sorveglianza.

di colloquio previsto dall'art. 104, comma 3, c.p.p.

In quell'occasione, la Corte era investita della questione di legittimità costituzionale dell'art. 101 disp. att. c.p.p., nella parte in cui – nel prevedere le ipotesi nelle quali il termine di dieci giorni per la decisione sulla richiesta di riesame, di cui all'art. 309, comma 9, c.p.p., decorre, o riprende a decorrere, da data diversa e successiva rispetto a quella di ricezione degli atti da parte del tribunale – non contempla anche il caso dell'imputato il quale, avendo chiesto il riesame, sia stato raggiunto, prima dell'udienza fissata per la decisione, da nuovo provvedimento restrittivo accompagnato da divieto temporaneo di colloquio con i difensori. La Corte ha dichiarato la questione non fondata, ritenendo che – contrariamente a quanto allora sostenuto dal rimettente – l'ipotesi considerata integrasse la fattispecie del «legittimo impedimento» dell'imputato che abbia chiesto di essere sentito personalmente, prevista come ragione di rinvio dell'udienza dall'art. 127, comma 4, c.p.p. (espressamente richiamato dal censurato art. 101, comma 1, disp. att. c.p.p.).

Più che il caso specifico allora esaminato, interessano, peraltro, i principi enunciati dalla citata pronuncia, apparentemente dotati di una portata generale. Ivi si afferma, in specie, che «ragioni costituzionali – discendenti dall'esigenza di evitare compromissioni del diritto di difesa – inducono a preferire una interpretazione estensiva» della nozione di «legittimo impedimento» (non precisata dall'art. 127, comma 4, c.p.p.), «atta a ricomprendere le ipotesi nelle quali l'imputato non abbia potuto o non possa esercitare pienamente i diritti inerenti alla sua difesa e così il diritto di conferire con il difensore: al quale fa riscontro il diritto del difensore di conferire con il proprio assistito ai fini di un efficace dispiegamento della sua attività difensiva». In quest'ottica, «l'imputato temporaneamente soggetto al divieto di conferire col difensore deve dunque considerarsi fatto impedito a partecipare utilmente [...] all'udienza di cui si discute».

Con riferimento all'ipotesi che qui interessa, si sarebbe potuto parallelamente ritenere che il detenuto soggetto al regime del 41-bis o il relativo difensore, i quali avessero visto «intralciata» l'attività difensiva dalla limitazione dei colloqui che viene in rilievo, potessero dedurre tale circostanza come ragione di legittimo impedimento e ottenere, conseguentemente, il rinvio dell'udienza nel procedimento nel quale l'attività stessa avrebbe dovuto essere esplicata.

Decidendo la questione nel merito, la Corte ha scartato – implicitamente – anche tale ipotesi interpretativa: e – sembra di poter dire – ben a ragione. A prescindere da ogni altro possibile rilievo, appare infatti evidente come la soluzione ipotizzata avrebbe avuto «costi» relevantissimi sul piano operativo, tali da renderla del tutto disfunzionale. Nel frangente non si discute, infatti, come nell'ipotesi presa in esame dalla sentenza n. 216 del 1996, di un divieto assoluto di colloquio con i difensori valevole per un ristrettissimo lasso temporale: caratteristiche che rendono agevole la verifica dell'esistenza dell'impedimento da parte del giudice del riesame e circoscritte le relative ricadute concrete (breve rinvio dell'udienza). Si discute, invece, di un regime limitativo (i colloqui col difensore sono ammessi, ma con restrizioni quanto a numero e durata) suscettibile di protrarsi per un lunghissimo periodo di tempo (potenzialmente, addirittura *sine die*). In tale situazione, il giudice di ciascun procedimento si sarebbe allora trovato a dover valutare se il numero di ore di colloquio col difensore del quale il detenuto aveva potuto fruire nel periodo che veniva in rilievo – tenendo conto, peraltro, anche delle esigenze difensive connesse a tutti gli altri procedimenti nei quali il detenuto stesso era o poteva essere coinvolto – fosse stato concretamente sufficiente per predisporre una difesa adeguata³⁹. È chiaro allora che la soluzione interpretativa in parola avrebbe finito per

39. Al fine di dare una risposta sicura e immediata a tale interrogativo, non gli sarebbe bastato neppure rilevare che – come nel caso oggetto del giudizio *a quo* – al difensore designato in quel procedimento era stato inibito *in toto* il colloquio: tale inibizione totale consegue, infatti, pur sempre alla scelta del detenuto di utilizzare interamente il suo «monte ore» per colloquiare con un altro o con altri difensori. Il giudice avrebbe dovuto, pertanto, stabilire se tale scelta potesse ritenersi giustificata, avuto riguardo alla «pregnanza comparativa» delle esigenze difensive ravvisabili nelle varie sedi (diversamente, il

6 L'IDONEITÀ DELLE RESTRIZIONI A PENALIZZARE IL DIRITTO DI DIFESA

incuneare costanti ostacoli operativi (e possibili nullità, nel caso di diniego del rinvio) nell'ambito di procedimenti penali di particolare complessità e lunghezza, quali solitamente sono quelli che coinvolgono i detenuti sottoposti al regime detentivo speciale.

Sgombrato il campo dalle suggestioni di ipotetiche alternative esegetiche “salvifiche”, il percorso argomentativo sulla cui base la Corte perviene a riscontrare la lesione dell'art. 24, secondo comma, Cost. si articola in due passaggi. Primo: le censurate limitazioni ai colloqui sono concretamente idonee a penalizzare il diritto di difesa. Secondo: tale pregiudizio non è giustificabile in chiave di bilanciamento con interessi contrapposti (quelli, in specie, alla cui protezione è strumentale il regime detentivo speciale).

Il ragionamento sulla cui base la Corte perviene alla prima delle due conclusioni ricalca dappresso le modalità con le quali, nella giurisprudenza costituzionale più recente, viene verificata la “tenuta” delle norme che sanciscono presunzioni assolute⁴⁰ (ciò quantunque la disposizione censurata evidentemente non si collochi in tale categoria). La Corte pone l'accento, anzitutto, sui tratti di rigidità, indefettibilità e lunga durata delle restrizioni ai colloqui difensivi di cui si discute (caratteristiche che valgono a differenziarla nettamente dall'ipotesi contemplata dall'art. 104, comma 3, c.p.p.). Nell'attuale regime, infatti – diversamente che in quello anteriore alla novella del 2009 – le restrizioni in parola conseguono automaticamente all'applicazione del “carcere duro”⁴¹ e lo accompagnano indefettibilmente per l'intera sua durata (quattro anni, con indefinite possibilità di proroghe biennali). Esse restano, altresì, “indifferenti” – come già accennato – alla natura, alla complessità e al numero dei procedimenti giudiziari ai quali il detenuto è interessato, nonché al grado di urgenza degli interventi difensivi richiesti.

Diviene, di conseguenza, “agevole” prospettare ipotesi concrete nelle quali le complessive tre ore settimanali di colloquio visivo, o i trenta minuti di colloquio telefonico, si rivelano insufficienti – anche a metter nel conto la possibilità di libera corrispondenza epistolare («surrogato con evidenti limiti di funzionalità») – per la predisposizione di una difesa adeguata ed efficace. Ciò, tanto più a fronte del fatto che i detenuti colpiti dalla misura limitativa si identificano, “per definizione”, in soggetti imputati o condannati per delitti di spiccata gravità e sovente contemporaneamente coinvolti – come, del resto, il reclamante nel giudizio *a quo* – in un insieme di altri procedimenti penali, di cognizione ed esecutivi, notevolmente complessi⁴².

Ciò appurato, la partita si gioca essenzialmente sul secondo fronte. L'argomento “forte”, nella direzione del “salvataggio” della norma – puntualmente prospettato dall'Avvocatura dello Stato – si basa, in effetti, sul rilievo per cui la norma censurata rappresenta una soluzione di compromesso, e dunque di bilanciamento, tra le esigenze della prevenzione speciale – che possono essere pregiudicate, come le indagini giudiziarie in alcuni casi hanno accertato, dalle attività di “intermediazione” dei difensori – e la garanzia del

detenuto sarebbe stato in grado di precostituire un motivo di rinvio *sine die* del procedimento, dando costantemente la preferenza ai colloqui con l'altro o con gli altri difensori). In ogni caso, l'allegazione dell'impedimento avrebbe rischiato di accompagnare come un *refrain* l'intero corso del giudizio.

40. *Infra*, § 8, nt. 58.

41. A fronte, infatti, della modifica apportata dalla l. n. 94 del 2009 all'alinea del comma 2-*quater* dell'art. 41-*bis* ord. penit. (e segnatamente della sostituzione della locuzione potestativa «può comportare» con l'indicativo presente «prevede») le limitazioni costitutive del regime del “carcere duro” debbono essere ora applicate tutte indistintamente, senza alcuna possibile combinazione discrezionale, rimanendo all'autorità amministrativa solo un ristretto margine di apprezzamento in ordine alla quantificazione contenutistica di alcune di esse (sul punto, cfr. Corte cost., sentenza n. 190 del 2010).

42. Si è rilevato in dottrina – con notazione ripresa anche dal giudice rimettente – che il limite delle tre ore settimanali risulta ancor più penalizzante in ragione della circostanza che la sottoposizione al regime detentivo speciale comporta, di regola – proprio allo scopo di rendere più difficili i contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza – la collocazione del detenuto in istituti penitenziari collocati a grande distanza dal luogo di residenza e, correlativamente, da quello di svolgimento dei processi a suo carico e di domicilio del difensore (alla stregua dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, primo periodo, ord. penit., come novellato dalla l. n. 94 del 2009, i detenuti in questione dovrebbero essere preferibilmente ristretti in stabilimenti siti in area insulare). Tale circostanza avrebbe un effetto disincentivante i colloqui, stante la difficoltà, per qualsivoglia difensore, di riservarsi una disponibilità di tempo di tre ore a settimana per recarsi a far visita al proprio assistito (L. CALABRESE, *op. cit.*, p. 89). La Corte non si è avvalsa, peraltro, di tale argomento, al quale potrebbe obiettarsi che esso si risolve nella allegazione di un mero inconveniente di fatto.

7 L'IMPIEGO DELLE NORME DELLA CEDU (E DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI STRASBURGO) COME CANONE INTERPRETATIVO DELLA COSTITUZIONE

diritto di difesa⁴³. La restrizione considerata – senza comportare una radicale negazione di quest'ultimo – concorrerebbe, infatti, a garantire la necessaria riduzione dei rapporti tra detenuti di accertata pericolosità e il mondo esterno.

Ed è proprio qui che si innesta uno dei due passaggi di spiccata originalità e dotati di “*vis expansiva*” della sentenza annotata, cui si faceva riferimento in principio. Prima ancora, però, di darne conto, giova mettere in evidenza l'altro, che traspare dall'intero tessuto motivazionale della pronuncia.

È rimarchevole, in effetti, come, pur se il parametro di costituzionalità sul quale è puntellato l'esito di accoglimento – conformemente ad una delle indicazioni del giudice *a quo* – è l'art. 24 Cost., il percorso argomentativo seguito dalla Corte si arricchisca di un dialogo costante con la giurisprudenza della Corte EDU, quasi un controcanto per verificare e vivificare la propria posizione e, a monte, l'*ethos* costituzionale che la sorregge.

Diverse pronunce della Corte di Strasburgo sono richiamate, anzitutto, per ricostruire le svariate articolazioni del *diritto di difesa*, tra le quali – nell'ambito della *difesa tecnica* – il *diritto dell'accusato a comunicare in modo riservato con il proprio difensore*, rientrando tra i requisiti basilari del processo equo in una società democratica alla luce del disposto dell'art. 6, § 3, lett. c), della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali⁴⁴.

Ancora, e soprattutto, la giurisprudenza di Strasburgo è rievocata per misurare il grado di ammissibilità delle eccezioni imposte al diritto di difesa, e il limite oltre il quale ne verrebbe contaminato – intollerabilmente – il “nucleo essenziale”: in particolare, si rammenta come i giudici europei abbiano ammesso che solo *in casi eccezionali* lo Stato possa limitare i contatti confidenziali tra una persona detenuta e il suo avvocato, e come si sia sottolineato, comunque, che ogni misura limitativa debba risultare *assolutamente necessaria*⁴⁵ e non debba comunque frustrare l'effettività dell'assistenza legale alla quale il difensore è abilitato: «tale infatti è l'importanza annessa ai diritti della difesa in una società democratica» – scrive la nostra Corte rievocando ancora la posizione del giudice dei diritti dell'uomo – «che il diritto ad una assistenza legale effettiva deve essere garantito in tutte le circostanze»⁴⁶.

Ed in questa prospettiva, è quasi un monito per il giudice costituzionale l'ulteriore e conclusivo richiamo ad una pronuncia di condanna contro la Turchia per violazione dell'art. 6 CEDU in una vicenda «che presenta significative assonanze con quella in esame»⁴⁷.

Un tale percorso argomentativo – qui il dato di rilievo – evidenzia in tutta la sua fecondità l'utilizzo della Convenzione (e della giurisprudenza della Corte) EDU come fondamentale *strumento ermeneutico* della Costituzione: un utilizzo già sperimentato in altri ambiti – e confortato dalla comune sensibilità mostrata da altri tribunali costituzionali⁴⁸ –, che si iscrive nel perimetro sempre più vasto dell'interpretazione conforme,

43. In questo senso, in dottrina, P. CORVI, *op. cit.*, p. 316. Nello stesso senso anche A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo*, cit., p. 457, la quale, peraltro, esclude che il compromesso operato possa ritenersi ragionevole.

44. La Corte si limita qui a richiamare – tra le molte – le sentenze Corte EDU, 13 gennaio 2009, Rybacki contro Polonia; 9 ottobre 2008, Moiseyev contro Russia; 27 novembre 2007, Asciutto contro Italia; 27 novembre 2007, Zagaria contro Italia.

45. Al riguardo, la sentenza cita, tra le altre, le sentenze Corte EDU, 27 novembre 2007, *Asciutto contro Italia*, e 27 novembre 2007, *Zagaria contro Italia*.

46. In merito, la Corte richiama la sentenza della Corte EDU, Grande Camera, 2 novembre 2010, Sakhnovskiy contro Russia, secondo la quale una misura limitativa del diritto di difesa è ammissibile, appunto, solo ove assolutamente necessaria, di modo che non appena risulti sufficiente una misura meno restrittiva, va applicata quest'ultima.

47. Il richiamo è al caso Öcalan, nel quale erano stati consentiti all'imputato solo due colloqui a settimana con i propri difensori, della durata di un'ora l'uno: limitazione che i Giudici di Strasburgo – tenuto conto della complessità della vicenda giudiziaria in cui l'interessato era coinvolto – hanno ritenuto lesiva del suo diritto ad un equo processo (Corte EDU, 12 marzo 2003, *Öcalan contro Turchia*).

48. Ad esempio, nella giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* si afferma costantemente come l'obbligo di «interpretazione conforme al diritto internazionale» (secondo il c.d. “principio di fedeltà al diritto pubblico internazionale”, o *Völkerrechtsfreundlichkeit*) abbracci tanto le leggi ordinarie quanto la

indirizzandola anche ed anzitutto ai principi costituzionali, ben prima di un possibile richiamo delle norme convenzionali quali “parametri interposti” di legittimità.

Se ne ricava dunque una chiarificazione – ed anche, pur in filigrana, una opportuna “apposizione di termini” – sul corretto utilizzo, in seno al controllo di costituzionalità, del parametro di cui all’art. 117, primo comma, Cost.: un “rinvio mobile” di ormai riconosciuta applicazione “grandangolare”⁴⁹ e pur tuttavia caratterizzato da portata *residuale e sussidiaria*, in forza della quale appare plausibile la sua invocazione (solo) quando non vi siano altri parametri di costituzionalità più direttamente interpellati dalla questione sottoposta all’attenzione della Consulta, e permeabili alle sollecitazioni ermeneutiche offerte – *inter alia*⁵⁰ – dalla giurisprudenza di Strasburgo sul corrispondente principio⁵¹.

Non è raro, d’altronde, che sulla cifra di tutela di uno specifico “diritto” vi sia consonanza di posizione tra la Corte EDU e la Corte costituzionale; ma anche qualora le affermazioni del giudice di Strasburgo appaiano tali da sollecitare un innalzamento del “livello di tutela” del diritto o garanzia in rilievo (e/o una restrizione o una “rigorizzazione” delle deroghe per lo stesso ammissibili) non sarà per ciò solo necessario invocare come parametro (asseritamente) violato l’art. 117, primo comma, Cost., ben potendosi, viceversa, richiamare le pronunce della Corte europea *in funzione interpretativa* del diritto riconosciuto a livello domestico per ricostruirne l’attuale fisionomia, e così significare la censura prospettata.

È proprio alla luce di questo percorso ermeneutico che l’esito interpretativo andrà verificato nella sede del consueto bilanciamento rimesso all’apprezzamento della Corte, ove si misurerà con eventuali interessi costituzionali confliggenti: sede in cui – come subito si vedrà – non possono ammettersi posizioni pregiudiziali di primazia, per lo meno non in base ad una astratta gerarchizzazione formale, dovendo piuttosto guardarsi al “peso” dei valori in gioco ed al loro concreto livello di tutela.

8

LE “COORDINATE” DEL GIUDIZIO DI “BILANCIAMENTO”

In tale bilanciamento rientrano anche – ed anzitutto – i controinteressi alla luce dei quali possono essere giustificate le deroghe ad un diritto di rango costituzionale: ed è a questo riguardo che la sentenza in commento offre, del resto, il contributo a nostro avviso più originale ed innovativo.

Come già accennato, sulla suscettibilità di deroga del diritto di difesa – pur

Legge fondamentale, obbligando dunque ad una «interpretazione convenzionalmente conforme» (*konventionskonforme Auslegung*), salvo sempre il limite del rispetto dei principi dello stesso *Grundgesetz*.

49. Una applicabilità “a tutto campo” confermata, recentemente, da Corte cost., sentenza n. 7 del 2013 (in *Giur. cost.*, 2013, con nota di M. MANTOVANI; in *Dir. pen. proc.*, 2013, pp. 552 ss., con nota di S. LARIZZA, *Interesse del minore e decadenza dalla potestà dei genitori*): decisione nella quale la Corte – nel dichiarare l’illegittimità costituzionale della pena accessoria consistente nella perdita della potestà genitoriale in relazione al delitto di soppressione di stato (art. 566, comma 2, c.p.), sostituendo l’automatismo legale con la valutazione giudiziale – ha ravvisato il contrasto con l’art. 117, primo comma, Cost. richiamando quali norme interposte disposizioni discendenti da una Convenzione ONU (segnatamente, l’art. 3 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176), da una Convenzione del Consiglio d’Europa (in particolare, l’art. 6 della Convenzione europea sull’esercizio dei diritti dei fanciulli, adottata dal Consiglio d’Europa a Strasburgo il 25 gennaio 1996, ratificata e resa esecutiva con l. 20 marzo 2003, n. 77), relativamente alla quale sono state ritenute «(...) neppure trascurabili le specifiche indicazioni enunciate nelle Linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d’Europa su una “giustizia a misura di minore”, adottate il 17 novembre 2010 (...)» [al riguardo, V. MANES, *La Corte costituzionale ribadisce l’irragionevolezza dell’art. 569 c.p. ed aggiorna la “dottrina” del parametro interposto (art. 117, primo comma, Cost.)*, in *Dir. pen. cont.*, 28 gennaio 2013, e in *questa Rivista*, 2013, 2, 199].

50. Il contributo ermeneutico può attingere, peraltro, ad una gamma di strumenti ben più vasta: al riguardo, è non poco significativo – ad esempio – che la Corte segnali, proprio nella decisione in commento, che «il diritto del detenuto a conferire con il difensore forma oggetto di esplicito e puntuale riconoscimento in atti sovranazionali, tra i quali la raccomandazione R(2006)2 del Consiglio d’Europa sulle “regole penitenziarie europee”, adottata dal Comitato dei Ministri l’11 gennaio 2006, che riferisce distintamente il diritto stesso tanto al condannato (regola numero 23) che all’imputato (regola numero 98)».

51. Come è stato rilevato, l’art. 117, primo comma, Cost., dovrebbe essere evocato e comunque essere “autonomamente” preso in considerazione dalla Corte costituzionale «soltanto quando la violazione addotta non sia specificamente riferibile ad altro parametro costituzionale, sia pure interpretato evolutivamente o estensivamente alla luce degli “obblighi internazionali” adottati dallo Stato»: M. RUOTOLO, *L’incidenza della CEDU sull’interpretazione costituzionale. Il “caso” dell’art. 27, comma 3, Cost.*, in *Rivista AIC*, n. 2/2013, 7, secondo il quale, peraltro, «ciò non vuol dire che la Corte non debba prendere in considerazione quanto sancito nella normativa internazionale pattizia, potendo anzi questa essere richiamata a sostegno di una certa interpretazione del parametro anche quando non evocata dal remittente (o, nel caso di giudizio in via principale, dal ricorrente), come d’altra parte accadeva prima della riforma del titolo V e come talora avvenuto anche dopo la riforma».

riconosciuto «inviolabile» sulla carta (art. 24 Cost.) – la Corte aveva già avuto modo di manifestare, a più riprese, la propria posizione [ammettendo possibili restrizioni⁵² alla condizione che non compromettano l'effettività del diritto stesso⁵³]; a conferma che i diritti/interessi/valori costituzionali – salvo eccezioni molto rare – sono esposti tendenzialmente (ed incessantemente) al bilanciamento con «interessi contrapposti di pari rilevanza costituzionale»⁵⁴.

Nel caso di specie, relativo alle restrizioni che incidono sul diritto alla difesa tecnica delle persone ristrette in ambito penitenziario, tali controinteressi vengono ravvisati in istanze riconducibili alla protezione dell'*ordine pubblico* e della *sicurezza dei cittadini*, ossia in istanze che – nonostante la genericità e la scarsa «falsificabilità» – non poche volte hanno offerto il destro (anche alla Corte) per «giustificare» limitazioni a diritti e garanzie fondamentali nei più diversi contesti.

Nella decisione, tuttavia, lo spessore di tali istanze antagoniste viene ritenuto incommensurabile con il lignaggio del diritto di difesa, anche perché al sacrificio certo di questo non corrisponde – ecco il *punctum crucis* – una inequivoca salvaguardia di quelle⁵⁵.

Posto, infatti, che i colloqui con i difensori (diversamente da quelli con i familiari) restano comunque sottratti all'ascolto e alla videoregistrazione, il limite delle tre ore settimanali sarebbe suscettivo, bensì, di penalizzare la difesa, ma non sarebbe utile ad impedire, neppure parzialmente, il passaggio di informazioni tra il carcere e l'esterno: esso non inciderebbe, dunque, in modo significativo sulla possibilità che il boss mafioso detenuto si avvalga dell'intermediazione dei difensori per mantenere il controllo sulle attività dell'organizzazione⁵⁶. Il vantaggio sarebbe, eventualmente, solo di ordine organizzativo, consentendo una più facile «gestione» dei detenuti ad altissimo rischio: troppo poco, in definitiva, per giustificare l'operazione di bilanciamento⁵⁷.

52. Cfr., ad esempio, Corte cost., sentenza n. 376 del 1997, punto 5 del «Considerato in diritto».

53. Effettività che rappresenta il «limite invalicabile»: così, in particolare, Corte cost., sentenza n. 317 del 2009. L'assunto risponde al generale indirizzo della Corte, secondo il quale il limite assoluto dei bilanciamenti risiede nell'esigenza di preservare il «contenuto essenziale» dei diritti fondamentali (G. SCACCIA, *op. cit.*, pp. 3991 ss.). Nel caso del diritto di difesa, è appunto il canone dell'effettività a segnare tale contenuto (tra le altre, Corte cost., sentenza n. 212 del 1997, n. 220 del 1994 e n. 144 del 1992): effettività ritenuta, peraltro, compromessa nello specifico caso di cui si discute, in ragione dell'evidenziata possibilità che il rigido «tetto» quantitativo ai colloqui venga concretamente a frustrare la predisposizione di una difesa adeguata ed efficace.

54. Per inciso, e limitandoci a talune esemplificazioni in materia penale, solo a taluni principi la Corte ha riconosciuto uno statuto di inderogabilità, negando che possano essere esposti a bilanciamenti con eventuali interessi contrapposti, ancorché di rilievo costituzionale (così, ad esempio, le sentenze n. 393 e 394 del 2006, ma anche la sentenza n. 236 del 2011 con riferimento al principio di irretroattività; così pure, in relazione al principio di colpevolezza, la sentenza n. 322 del 2007); il più delle volte, le diverse garanzie sono ritenute suscettibili di deroghe «ragionevoli» (deroghe consentite – e frequenti – in relazione al principio di offensività, rispetto a presunzioni di pericolo non manifestamente irrazionali o arbitrarie, ossia rispettose dell'*id quod plerumque accidit*: sentenze n. 333 del 1991, n. 133 del 1992, n. 360 del 1995; ed ammesse altresì nei confronti del principio rieducativo, rispetto ad altre finalità che – nel singolo caso – il legislatore scelga di far prevalere, appunto «nei limiti della ragionevolezza»: sentenze n. 306 del 1993, n. 183 del 2001, n. 257 del 2006), anche se in taluni casi si precisa altresì come sia necessario che le deroghe superino un «vaglio positivo di ragionevolezza», non essendo sufficiente un mero vaglio negativo di «non manifesta irragionevolezza» (così, in particolare, nel caso delle deroghe ammissibili in relazione al principio della retroattività della *lex mitior*: ancora, sentenze n. 393 del 2006, n. 72 del 2008, n. 236 del 2011; profilo, quest'ultimo, recentemente molto discusso, ad esempio nei lavori di C. SOTIS, *Le «regole dell'incoerenza»*, Roma, 2012, pp. 81 ss.; V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, Milano, 2012, in part. pp. 183 ss.; M. GAMBARDILLA, *Lex mitior e diritto penale*, Torino, 2013, pp. 78 ss.; inoltre, volendo, V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, Roma, 2012, pp. 155 ss., anche per ulteriori richiami bibliografici).

Nella sentenza annotata, la Corte esige espressamente il vaglio positivo di ragionevolezza anche per le limitazioni apportate al diritto di difesa in chiave di salvaguardia di interessi contrapposti, richiamando, quale precedente, la sent. n. 407 del 1993 (concernente, in specie, la previsione di limiti al diritto di prova).

55. Il rilievo in questione viene considerato «dirimente» al fine di escludere la ragionevolezza delle restrizioni di cui si discute, già peraltro minata – secondo la Corte – dal fatto che esse vanno a colpire una categoria di interlocutori del detenuto (gli avvocati), soggetta a uno «statuto» professionale-deontologico che non consentirebbe – diversamente che per i familiari o per «terzi non qualificati» – di elevare a «regola di esperienza, tradotta in enunciato normativo» il rischio che il colloquio rappresenti l'occasione per l'illecita trasmissione di messaggi tra il boss mafioso e i membri della cosca in libertà. È possibile cogliere qui una eco delle ricordate critiche dell'Unione delle Camere penali.

56. Per una fattispecie nella quale la Corte ha basato la decisione di accoglimento su un ragionamento similare, si veda, ad esempio, la sentenza n. 192 del 1997, con la quale si è dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 293, comma 3, c.p.p., nella parte in cui non prevedeva la facoltà per il difensore di estrarre copia, insieme all'ordinanza che ha disposto la misura cautelare, anche della richiesta del pubblico ministero e degli atti con essa presentati: ciò, sul rilievo che l'esclusione di tale facoltà integrava una limitazione del diritto di difesa senza essere funzionale ad una esigenza di riservatezza, di efficienza o di rapidità.

57. Al riguardo, varrebbe il riferimento alla giurisprudenza costituzionale secondo la quale le restrizioni che conseguono alla sottoposizione al regime detentivo speciale soggiacciono, oltre che a limiti «esterni», riferibili al divieto di limitare ulteriormente la sfera di libertà del detenuto, a limiti «interni», discendenti dal necessario collegamento funzionale tra le restrizioni disposte e le finalità di tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza (Corte cost., sentenze

È proprio questa peculiare ricognizione che consente alla Corte di diffondersi in un'affermazione di indubbio rilievo, e di auspicabile fortuna, ove si precisa che la scelta normativa in esame «viene (...) a confliggere con il principio per cui, nelle operazioni di bilanciamento, non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango».

Si tratta, a ben vedere, di una regola di giudizio generale che – ben oltre le specificità del caso concreto – aspira ad entrare nel già ricco corredo argomentativo della Corte, promettendo future applicazioni; non diversamente da quanto è accaduto – ad esempio – in merito all'affermazione concernente le presunzioni assolute con cui il legislatore limiti un diritto fondamentale della persona⁵⁸.

Soprattutto, si tratta di una regola di giudizio che sembra modificare l'orizzonte di valutazione della Corte: il punto di fuga, come si vede, non è più quello del mero bilanciamento formale e astratto, ma – come pare – quello diverso e più luminoso dell'“innalzamento del livello di tutela” dei diritti fondamentali⁵⁹, peraltro aperto a quel circolo virtuoso – ed alla *cross-fertilization* – che va alimentandosi nel *network* multilivello⁶⁰.

Lungi dall'arrestarsi ad una topografia formale degli “interessi” in conflitto⁶¹ o alla verifica della presenza (o dell'assenza) di controinteressi astrattamente deducibili in sede di bilanciamento⁶², la Corte sembra infatti riservarsi una indagine sostanziale ed orientata all'effettività della tutela, dove la compressione di un diritto può trovare giustificazione se – e solo se – ad essa corrisponda un *surplus* di garanzia per un controvalore

n. 376 del 1997 e n. 351 del 1996, ordinanza n. 417 del 2004).

58. Al riguardo la Corte – “mettendo a sistema” affermazioni già emerse in precedenti tracciati giurisprudenziali – ha a più riprese affermato il principio in base al quale «le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*», chiarendo ulteriormente – come più puntuale “regola di giudizio” – che l'irragionevolezza di una presunzione assoluta si può cogliere «tutte le volte in cui sia agevole formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa» (così, *ex plurimis*, la sentenza n. 139 del 2010, relativa alle preclusioni di accesso al patrocinio a spese dell'Erario), regola poi richiamata in diversi ambiti (ad esempio, e solo per citare talune recenti applicazioni, relativamente all'affermata irragionevolezza della presunzione “assoluta” di adeguatezza della sola misura della custodia cautelare per taluni reati, le sentenze n. 265 del 2010, in materia di reati sessuali; n. 164 del 2011, in tema di omicidio volontario; n. 231 del 2011, concernente l'associazione finalizzata al traffico di stupefacenti; la sentenza n. 331 del 2011, relativa alle figure di favoreggiamento dell'immigrazione illegale; altresì, sentenza n. 110 del 2012, concernente l'associazione per delinquere finalizzata alla commissione dei reati in materia di contraffazione di marchi o altri segni distintivi e di importazione o detenzione a fini di commercio delle cose recanti i segni contraffatti; nonché, da ultimo, la sentenza n. 57 del 2013, sulla quale si rinvia – anche per ulteriori riferimenti – a G. LEO, *Illegittima la previsione della custodia “obbligatoria” in carcere per i reati di contesto mafioso (ma non per le condotte di partecipazione o concorso nell'associazione di tipo mafioso)*, in *Dir. pen. cont.*, 7 aprile 2013).

59. È un approccio “culturale” che – focalizzando l'attenzione su profili contenutistici relativi al concreto *standard* di tutela degli interessi in conflitto – riecheggia, in qualche modo, affermazioni svolte in diverse decisioni, tra le quali campeggia la sentenza n. 317 del 2009, pur relativa ad una vicenda più direttamente concernente il dialogo tra Corte costituzionale e Corte europea.

Come noto, in tale pronuncia – muovendo appunto dal confronto tra Costituzione e CEDU, ma con una argomentazione suscettibile di valenza più generale, il cui *ethos* sembra ispirare anche la decisione in commento – si affermò che «con riferimento ad un diritto fondamentale, il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quelle già predisposte dall'ordinamento interno, ma può e deve, viceversa, costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa (...)», precisando ancora – in termini persino più efficaci e vibranti – che «(...) il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla *massima espansione delle garanzie*, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti».

Si evidenziò così, in definitiva, che il punto di equilibrio della composizione sistemica tra Costituzione e CEDU – ed il presupposto della cedevolezza dell'ordinamento “interno” – consiste nel fatto che l'ingresso della fonte esterna non implichi una “dequotazione” del diritto costituzionale, ma faccia derivare – al contrario – «un *plus* di tutela per tutto il sistema [nazionale] dei diritti fondamentali» (un profilo autorevolmente sottolineato, di recente, da F. GALLO, *Rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU*, Relazione presentata all'incontro di Bruxelles, 24 maggio 2012, pp. 20 ss. del dattiloscritto, in www.cortecostituzionale.it, segnalando come nel richiedere tale “*plus* di tutela” «la Corte costituzionale si dispone perciò a un confronto aperto con le giurisprudenze comunitaria e internazionali, non ripiegandosi su logiche nazionalistiche, ma riconfermando la disponibilità a superare lo stesso principio di sovranità della Costituzione politica quando ciò valga ad ampliare la tutela dei diritti della persona»).

60. Sul punto, volendo, V. MANES, *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto, palingenesi, cross-fertilization*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, pp. 839 ss.

61. Una prospettiva in cui sembra iscriversi – nonostante le preziose affermazioni e l'esito a cui giunse – anche la sentenza n. 212 del 1997, più volte citata, con la quale la Corte ha ritenuto la subordinazione del colloquio con il difensore all'autorizzazione discrezionale del direttore del carcere incompatibile con il diritto di difesa, dichiarando la parziale illegittimità dell'art. 18 l. n. 354 del 1975.

62. In effetti, se ci si fosse arrestati ad una prospettiva formale la questione avrebbe potuto essere dichiarata infondata, come del resto richiedeva, nel suo intervento, la difesa erariale, sottolineando come le limitazioni dei colloqui con i difensori previste dalla norma censurata, essendo preordinate a ridurre le occasioni di contatto tra i detenuti di accertata pericolosità e il mondo esterno, costituissero il risultato di un corretto bilanciamento tra l'esigenza di tutelare adeguatamente il diritto di difesa e quella, di pari rilevanza costituzionale, di proteggere l'ordine giuridico e la sicurezza dei cittadini.

assiologicamente preordinato o comunque omogeneo, in un vaglio che non ammette alcun saldo negativo, né – viene da pensare – posizioni di pregiudiziale preminenza di una Carta (o di una Corte) sull'altra⁶³.

Certo una simile ponderazione potrebbe apparire estremamente delicata, e persino eccessiva, ove essa implichi il passaggio da una valutazione esterna al “peso” dei diritti in gioco ad una “valutazione intrinseca” sulle singole istanze costituzionali volta a volta sottese alle scelte legislative; così paventando il rischio, in qualche modo, di aprire la breccia ad un sindacato di *merito* sulle stesse.

Forse è per questo che la Corte stessa, sul punto, si premura di fissare i confini del proprio margine di apprezzamento, sottolineando come la mancata corrispondenza tra la “compressione” di un diritto e il “paragonabile incremento della tutela del contrapposto interesse” debba apparire “*prima facie*” percepibile: richiedendo dunque (ed arrestando il proprio vaglio ad) uno scarto “evidente”, che in definitiva sembra rievocare un criterio di giudizio assimilabile a quello su cui è declinato il vaglio di «manifesta arbitrarietà» o di «manifesta irragionevolezza», ossia i consueti argini che segnano – non solo nel sindacato sulle opzioni legislative in materia penale – il limite della “*political question*” (art. 28 l. n. 87 del 1953).

Ma lo sfondo sembra chiaro, e nitidamente tracciato: è quello della Costituzione come “sistema” aperto e “parziale”, dove l’ordine formale e astratto cede alle urgenze assiologico-sostanziali e si arricchisce costantemente del contributo ermeneutico delle Corti sovranazionali⁶⁴, in un dinamismo volto alla concreta effettività così come alla più intensa affermazione dei diritti.

63. Ne può risultare, del resto, anche la prevalenza di un livello di tutela di derivazione sovranazionale su quello domestico, perché – come è stato rilevato a margine del dialogo tra Corte costituzionale e CEDU – deve mettersi in conto «che la Convenzione possa affermarsi persino a discapito della Costituzione, portandosi più avanti di quest’ultima lungo la via della salvaguardia dei diritti»: in questi termini, A. RUGGERI, *Costituzione e CEDU: alla sofferta ricerca dei modi con cui comporsi in “sistema”*, in www.giurcost.org (su questa traccia sviluppando ulteriori graffianti critiche alla pregiudiziale qualifica della CEDU come fonte “sub-costituzionale”), ossia l’Autore che di recente più ha insistito sulla dimensione assiologico-sostanziale come l’unica davvero idonea a cogliere le relazioni interordinamentali, e – più in generale – a ricostruire la Costituzione come “sistema” (cfr. anche, ad es., ID., *L’“intensità” del vincolo espresso dai precedenti giurisprudenziali, con specifico riguardo al piano dei rapporti tra CEDU e diritto interno in vista dell’affermazione della Costituzione come “sistema”*, *ivi*, 2013, pp. 7 ss.; ID., *CEDU, diritto “eurolunitario” e diritto interno: alla ricerca del “sistema dei sistemi”*, *ivi*, 2013, pp. 8 ss., ed in molti altri lavori).

64. Si rinvia, ancora, alle ricche riflessioni di A. RUGGERI, *CEDU, diritto “eurolunitario” e diritto interno*, cit., pp. 11 ss., specie per l’«idea di una “Costituzione-parziale”, che al fine di vedere colmate le proprie lacune di costruzione si dispone a farsi fecondare dalle altre Carte, laddove si dimostrino ancor più attrezzate a venire incontro alle istanze suddette» (ove peraltro l’A. rileva già diverse tracce della accennata dimensione assiologico-sostanziale in diverse pronunce della Corte, tra le quali, oltre alla già menzionata sentenza n. 317 del 2009, le sentenze n. 113 e n. 245 del 2011).

La confisca misura di prevenzione ha natura “oggettivamente sanzionatoria” e si applica il principio di irretroattività: una sentenza “storica”?

Nota a Cass., Sez. V, sent. 13 novembre 2012 (dep. 25 marzo 2013), n. 14044, Pres. Zecca, Rel. Micheli, Ric. Occhipinti

SOMMARIO

1. PREMessa. – 2. IL DIBATTITO SULLA NATURA DELLA CONFISCA EX ART. 2 TER L. 575/65. – 3. GLI ARGOMENTI FONDAMENTALI DELLA SUPREMA CORTE: LA SEPARAZIONE DELLE MISURE PERSONALI DALLE PATRIMONIALI. – 3.1. LA NOZIONE DI “MATERIA PENALE” DELLA CORTE EDU. – 4. IL RICONOSCIMENTO DEL PRINCIPIO DI IRRETROATTIVITÀ. – 4.1. LA DIFFICOLTÀ DI APPLICARE IL PRINCIPIO DI IRRETROATTIVITÀ E CONSEGUENZE PER LE FINALITÀ POLITICO CRIMINALI DELLA RIFORMA. – 5. IL CONFRONTO CON LA CONFISCA PER EQUIVALENTE. – 6. ULTERIORI ARGOMENTI: CORRELAZIONE TEMPORALE, PRESUNZIONE DELL'ORIGINE ILLECITA E RISPETTO DELL'ART. 42 COST. – 7. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE DERIVANTI DAL RICONOSCIMENTO DELLA NATURA SANZIONATORIA DELLA CONFISCA “MISURA DI PREVENZIONE” (IN PARTICOLARE IN TERMINI DI ONERE DELLA PROVA).

1 PREMESSA

La sentenza in commento¹ può essere definita “storica” perché la Suprema Corte afferma per la prima volta la natura “oggettivamente sanzionatoria” della confisca misura di prevenzione (*ex art. 2 ter l. 575/65*, oggi art. 24 del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione introdotto dal d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159²) al punto da riconoscergli l'applicazione dei relativi principi costituzionali, a partire dal principio di irretroattività; nel passato non sono mancate delle pronunce in cui si affermava la natura sanzionatoria o anche punitiva della forma di ablazione dei profitti in esame, ma sempre in maniera più ambigua e senza trarne le dovute conseguenze sul piano delle garanzie.

Questa sentenza rappresenta una svolta fondamentale rispetto a un consolidato orientamento della Suprema Corte, che rimaneva legata all'assimilazione della confisca misura di prevenzione a una misura di sicurezza o, meglio, preferiva ricondurla «nell'ambito di quel *tertium genus* costituito da una sanzione amministrativa equiparabile, quanto al contenuto ed agli effetti, alla misura di sicurezza»³.

Si tratta di un assoluto cambio di orientamento che non potrà non avere conseguenze in termini più generali sul piano del riconoscimento delle garanzie della “materia penale” alla forma di confisca in esame; si usa volutamente l'espressione “materia penale” perché la Suprema Corte argomenta il suo mutato orientamento riconducendo la confisca misura di prevenzione alla nozione di “materia penale” elaborata dalla Corte

1. Cass., Sez. V, 13 novembre 2012, n. 14044, O., in *Dir. pen. cont.*, 26 luglio 2013.

2. In Gazz. Uff., 31 ottobre 2011.

3. Per tutte Cass., Sez. Un., 3 luglio 1996, n. 18, Simonelli, in *Cass. pen.*, 1996, 3609, con nota critica di MOLINARI.

europea dei diritti dell'uomo, riconoscendo il carattere vincolante della giurisprudenza della CEDU per l'interprete⁴, in base ad un principio sancito dalla stessa Corte Costituzionale⁵); anche se, come si esaminerà, in realtà la Corte EDU ha sempre negato l'applicazione *ratione materiae* degli art. 6, c. 2 e 7 CEDU alla confisca di prevenzione, accogliendo gli argomenti del Governo italiano che ne negava la natura punitiva⁶.

Tale innovativo orientamento della Suprema Corte, soprattutto laddove riconosce l'applicazione del principio di irretroattività alla confisca *ex art. 2 ter l. 575/65* avrà, però, anche delle conseguenze sulla tenuta delle finalità politico criminali della riforma delle misure di prevenzione patrimoniali avvenuta nel 2008 ad opera del d.l. 92/2008, convertito nella l. 125/2008, e della l. 94/2009, confermata dal codice "antimafia" (d.lgs. n. 159/2011); tale profilo sarà esaminato nel prosieguo.

Il caso in esame riguarda l'applicazione della confisca *ex art. 2 ter l. 575/65* nei confronti di un soggetto al quale era stata applicata la pena di un anno e sei mesi *ex art. 444 c.p.p.* con il beneficio della sospensione condizionale per il reato di cui all'art. 12 *quinquies* d.l. n. 306 del 1992, aggravato *ex art. 7 d.l. n. 152 del 1991*, nel 2009, ma prima del luglio 2009 data dell'entrata in vigore della l. n. 94; in base alla disciplina precedente la l. n. 94/2009 non sarebbe stato possibile applicare a tale soggetto la misura patrimoniale in quanto non si poteva applicare la personale, essendo incompatibile la sospensione condizionale *ex art. 166, c. 2*, con un giudizio di pericolosità sociale e, comunque, non essendo avvenuto tale accertamento nel caso concreto. In seguito all'introduzione del comma 6 *bis* dell'art. 2 *bis l. 575/65* da parte del d.l. n. 92/2008 e successiva modifica da parte della l.n. 94/2009, che non richiede più non solo la necessaria applicazione della misura personale ma anche l'attualità della pericolosità sociale, diventa, invece, possibile l'irrogazione della confisca *ex art. 2 ter l. 575/65* nei confronti del soggetto non socialmente pericoloso. Il Tribunale ritiene non applicabile la riforma in quanto la condanna riportata dal proposto era antecedente la novella anzidetta. La Corte d'Appello ritiene, invece, adottabile la misura patrimoniale in virtù della riforma sopravvenuta poiché il principio di non retroattività della legge penale sfavorevole non sarebbe operante per le misure di prevenzione, cui si applica la legge in vigore al tempo della loro applicazione ai sensi dell'art. 200 c.p.; in seguito alla riforma ciò che rileva ai fini della confisca è «soltanto il requisito dell'illecita modalità di acquisizione, ed è dunque tale presupposto che deve persistere al tempo dell'applicazione della misura». La Suprema Corte, come si esaminerà, accoglie il ricorso del ricorrente che lamentava la violazione del principio di irretroattività *ex art. 2 c.p.*, avendo la novella del 2009 comportato quanto meno una modifica mediata di una norma di diritto sostanziale quale è l'art. 166 c.p., ma anche in virtù dell'art. 11 c.d. preleggi, in quanto si ritiene che l'applicazione dell'art. 200 c.p.

4. Tra le altre Corte Cost., 27 febbraio 2008, n. 39, in *Foro it.*, 2008, 4, I, 1037; Corte Cost., 30 aprile 2008, n. 129, in *Riv. dir. internaz.*, 2008, 3, 881; Cass., 12 novembre 2008, n. 45807, D., in *Foro it.*, 2009, 2, II, 65; Cass., 1 dicembre 2006, Dorigo, in *Cass. pen.*, 2007, 1448 s., con nota di DE MATTEIS; cfr. MASTROIANNI, *L'ordinamento giuridico nazionale nei rapporti con le regole comunitarie e dell'Unione europea. La posizione della Corte Costituzionale Italiana*, in *Dir. com. e degli scambi intern.*, 2009, 439; DRZEMCZEWSKY, Art. 46. *Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze*, in Bartole - Conforti - Raimondi, *Commentario alla Convenzione per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 685 ss.; EPIDENDIO, *Forza vincolante delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e giudicato penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 94 s.; BIN - BRUNELLI - PUGIOTTO - VERONESI, *All'incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Torino, 2007; MANES, Art. 7, §§ I - XV, in Bartole - De Sena - Zagrebelsky, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, 272 ss.

5. Cfr. Corte Cost., 4 aprile 2011, n. 113, in G.U. 13/04/2011 (<http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>); cfr. Corte Cost., 12 marzo 2010, n. 93, S.V., in *Arch. nuova proc. pen.*, 2010, 3, 297; cfr. Corte Cost., 7 marzo 2011, n. 80, in G.U. 13/03/2011 (<http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>).

6. Cfr. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001 (nel prosieguo MAUGERI, *op. cit.*), 530; ID., *La lotta contro l'accumulazione di profitti illeciti: recenti orientamenti*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, 541 ss.; ID., *La conformità dell'atto in rem con il principio del mutuo riconoscimento*, in Mazzarese - Aiello (a cura di), *Le misure patrimoniali antimafia. Interdisciplinarietà e questioni di diritto penale, civile e amministrativo*, Milano, 2010, 187 ss.; PADELETTI, Art. 1 Prot. add. Conv. eur. dir. uomo, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in Bartole - Conforti - Raimondi (a cura di), Padova, 2001, 814 ss.; MAIELLO, *Confisca, CEDU e diritto dell'Unione tra questioni irrisolte ed altre ancora aperte*, in questa Rivista, 2012, 3-4, 15 ss.; ABBADESSA - MAZZACUVA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto di proprietà (art. 1 Prot. 1 CEDU)*, in questa Rivista, 2011, 323 ss.; BALSAMO, *Il rapporto tra forme "moderne" di confisca e presunzione di innocenza: le nuove indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2007, 3936; MADHLOM, *Confiscation and Conspiracy: The Timing and Substance of a Conspiracy to Evade Excise Duty*, in *Journ. of Crim. Law*, 2011, 356 ss.

alle misure di prevenzione patrimoniali si fondava sull'equiparazione delle misure di prevenzione alle misure di sicurezza, sulla base del parallelismo tra le due categorie fondato sul presupposto dell'accertamento della perdurante pericolosità sociale ai fini dell'applicazione di una misura di prevenzione patrimoniale; venuto meno quel presupposto viene meno il suddetto parallelismo e non si giustifica l'applicazione dell'art. 200 c.p., ma piuttosto si deve applicare la legge in vigore all'epoca delle condotte che fondano l'adozione della misura.

Prima di esaminare le argomentazioni che fondano la sentenza in commento e per comprendere la rilevanza e le dinamiche sottese a questo storico cambio di orientamento interpretativo della Suprema Corte, sembra opportuno, allora, procedere alla disamina dei precedenti orientamenti di dottrina e giurisprudenza in relazione alla natura della forma di confisca in esame⁷.

La Corte Costituzionale, sin dagli anni sessanta, avverte che «la confisca può presentarsi, nelle leggi che la prevedono, con varia natura giuridica» e che «il suo contenuto [...] è sempre la [...] privazione di beni economici, ma questa può essere disposta per diversi motivi e indirizzata a varie finalità, sì da assumere, volta per volta, natura e funzione di pena o di misura di sicurezza ovvero anche di misura giuridica civile e amministrativa», con l'effetto che viene in rilievo «non una astratta e generica figura di confisca, ma, in concreto, la confisca così come risulta da una determinata legge»⁸. La Corte Costituzionale riconosce, quindi, la natura proteiforme della confisca, natura che deve essere accertata in base alla specifica disciplina.

La confisca ex art. 2 ter l. 575/65, introdotta nell'ordinamento italiano dalla legge Rognoni-La Torre n. 646 del '82, dovrebbe svolgere una *mera finalità preventiva*, come suggerisce il suo inserimento da parte del legislatore nell'ambito delle «misure di prevenzione»⁹. In tale direzione, si afferma in dottrina che il legislatore, lungi dal limitarsi a «punire» il mafioso privandolo dei frutti delle attività illecite, ha inteso «esaltare il momento preventivo, neutralizzando la situazione di pericolosità insita nel permanere della ricchezza nelle mani di chi può continuare a utilizzarla per produrre altra ricchezza attraverso la perpetuazione dell'attività delinquenziale [...]»¹⁰. La disciplina in esame ha trasformato la «ricchezza» da «elemento di protezione» ad «elemento di sospetto e segno di pericolosità sociale», «il patrimonio è causa e sintomo di pericolosità»¹¹.

Si individua, come precisato nella relazione al disegno di legge n. 2982, il fondamento giuridico ed il riferimento teorico del provvedimento di confisca *preventiva* nella pericolosità attribuibile al bene oggetto del provvedimento per i caratteri suoi propri e per la relazione esistente tra questo e le persone che ne dispongono¹². Si evidenzia, comunque, il carattere ibrido di una confisca che è preventiva quanto alla finalità perseguita, ma afflittiva quanto al contenuto e agli effetti che provoca¹³.

Parte della dottrina piuttosto che la natura preventiva delle misure patrimoniali, ne evidenzia la funzionalizzazione ad esigenze di «controllo "reale" di ambiti economici "non legittimati"», «finalità di controllo della ricchezza "sospetta"», come dimostra la sempre maggiore tendenza legislativa e giurisprudenziale a spersonalizzare le misure

7. Sul tema da ultimo NICOSIA, *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, Torino, 2012, 51 ss.-87-173 ss.

8. Corte Cost., 25 maggio 1961, n. 29, e 4 giugno 1964, n. 46.

9. Cfr. LA BRUNA - TROVATO, *Sequestro e confisca dei beni*, in *Manuale pratico dell'inchiesta penale*, Milano, 1986, 371; MACRÌ, *Reato associativo, misure di prevenzione e professionalità del giudice*, in *Mafia, 'ndrangheta e camorra. Analisi politica e intervento giudiziario*, in Borrelli - Pepino (a cura di), Milano, 1983, 136; GIORDANO, *Senza controllo sull'effettiva applicazione la filosofia dell'inasprimento non basta*, in *Guida al diritto*, 2008, 32, 60.

10. Così FIANDACA, voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. delle Disc. Pen.*, vol. VIII, Torino, 1994, 123; AIELLO, *La tutela civilistica dei terzi nel sistema della prevenzione patrimoniale antimafia*, Milano, 2005, 100.

11. MACRÌ, *op. cit.*, 136.

12. LA BRUNA - TROVATO, *op. cit.*, 371.

13. VINCIGUERRA, *Osservazioni sulla confisca antimafia*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2005, 220.

patrimoniali. Dall'altra parte si evidenziano delle *esigenze processuali* sottese alle misure in esame, che consentono «a ritroso, attraverso il complesso ordito dei rapporti fra strumenti investigativi e mezzi cautelari e preventivi, un'indubbia funzionalizzazione del “divenire” del sistema alla realizzazione di risultati processuali»¹⁴. Per svolgere tale funzione di prevenzione del consolidamento dell'economia illecita si ritiene, però, che si debba affermare definitivamente il collocamento delle misure preventive patrimoniali nell'area amministrativa «come una coerente scelta sulla via dell'effettività, e non come una “truffa delle etichette”»¹⁵.

La natura proteiforme della confisca viene riconosciuta anche dalla Suprema Corte, a Sezioni Unite, nella sentenza Simonelli che, come ricordato nella sentenza in esame, ha, innanzitutto, negato «il carattere sanzionatorio di natura penale» della confisca ex art. 2 *ter* l. 575/65, o «quello di un provvedimento di prevenzione», ma ritiene piuttosto che la confisca antimafia «va ricondotta nell'ambito di quel *tertium genus* costituito da una sanzione amministrativa equiparabile, quanto al contenuto e agli effetti, alla misura di sicurezza prevista dall'art. 240, co. 2 c.p.»¹⁶. In questa sentenza le S.U. negavano correttamente la natura meramente preventiva della confisca, essendo incompatibile la sua definitività con il carattere preventivo: «mentre in tema di sorveglianza speciale di p.s., di obbligo di soggiorno e di imposizione di una cauzione, ci si muove sicuramente nell'ambito giuridicamente riconducibile alle finalità vere e proprie di misure preventive [...] e che alla stessa categoria può essere senz'altro ricondotto il previsto provvedimento di sequestro, attesa la natura cautelare, propria dello stesso, non altrettanto può dirsi avuto riguardo alla confisca. La devoluzione allo Stato dei beni confiscati, prevista dalla legge 4 agosto 1989 n. 282 (art. 4), e le finalità indiscutibilmente “ablativo” dei corrispondenti provvedimenti, non consentono, invece, di qualificare gli stessi, in senso tecnico/giuridico, quali misure di prevenzione, aggiunte a quelle, specificamente previste, quali “personali”: e ciò al di là delle formali espressioni adoperate dal legislatore. Trattasi, invero, ad avviso del collegio, di improprietà lessicali, rispetto all'effettivo contenuto normativo, non idonee come tali a modificare la natura del provvedimento di confisca – di carattere sicuramente “ablativo” – in una “misura di prevenzione” in senso tecnico ed a condizionare pertanto l'interprete. Il che, a fortiori va detto, se si ha presente la ratio posta a base delle specifiche disposizioni in materia, dirette, come si ritiene in modo pressoché concorde, ad eliminare dal circuito economico beni provenienti da attività che, a seguito degli accertamenti disposti, devono ritenersi ricollegate alla ritenuta appartenenza del soggetto ad un'associazione di tipo mafioso. La confisca, invero, [...] è diretta, peraltro, a differenza della misura di prevenzione personale (o di quella patrimoniale, avuto riguardo alla cauzione) a sottrarre “i beni”, in via definitiva, alla disponibilità dell'indiziato di appartenenza ad associazione di tipo mafioso: ancorché tale risultato sia conseguibile solo all'esito definitivo della prevista procedura [...]».

Sulla base dei presupposti appena illustrati, le Sezioni Unite chiarivano la portata della sussunzione della confisca *de qua* nell'ambito di una generica categoria di sanzioni amministrative parificabili – per contenuto ed effetti – alla misura di sicurezza di cui al ricordato art. 240 cpv. cod. pen., in quanto «la ratio sottesa ai provvedimenti in esame – adottabili nell'ambito del procedimento di prevenzione – siccome diretta a colpire

14. Così FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale moderno*, Padova, 1997, 69 ss.-80 ss.; ZANCHETTI, *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, Milano, 1997, 298.

15. FORNARI, *op. cit.*, 237; critico GIALANELLA, *Prevenzione patrimoniale e strategia dell'“actio in rem”: la pericolosità “in sé” della cosa, la sospensione provvisoria dell'amministrazione dei beni e la ricchezza “contigua”*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2001, 300.

16. Cass., S.U., 3 luglio 1996, Simonelli ed altri, in *Cass. pen.*, 1996, 3609; conforme Cass., 11 giugno 2008, n. 25676; Cass., S.U., 8 gennaio 2007, n. 57, Auddino, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, 1297, con nota di MAUGERI, *La revoca ex tunc come espressione del diritto di difesa contro il provvedimento definitivo di confisca*, § 4; Cass., 4 luglio 2007 (dep. 28 agosto 2007), n. 33479, Richichi M.A. ed altri, in *Dejure*; Cass., 15 giugno 2005 (dep. 22 luglio 2005), n. 27433, Libri, Rv. 231755; Cass., 9 marzo 2006 (dep. 16 maggio 2006), n. 16721, David ed altri, in *Dejure*; Cass. 10 marzo 2005 (dep. 4 aprile 2005), n. 12529, Bellino ed altri, *ivi*; App. Napoli, 16 gennaio 2001, in *Giur. mer.*, 2001, 131; Cass., 31 gennaio 2005, in *Guida al dir.*, 2005, 25, 56; cfr. Cass., 14 febbraio 1997, in *Cass. pen.*, 1997, 3170; equipara *tout court* la confisca antimafia ad una misura di sicurezza patrimoniale ex art. 240 c.p. Cass., 18 maggio 1992, in *Mass. Cass. pen.*, 1992, voce *Misure di Sicurezza*, fasc. 12, 111; parla di sanzione amministrativa Cass., 14 febbraio 1997, in *Cass. pen.*, 1997, 3171.

beni e proventi di natura presuntivamente illeciti (sussistendo ovviamente i presupposti di legge) per “escluderli dal cosiddetto circuito economico”, si ricollega, seppur con un ambito di estensione non identico, alle ipotesi previste dal citato art. 240 cod. pen., cpv. nn. 1 e 2 che, come è noto, prescindono dalla condanna – da un’affermazione di responsabilità accertata in sede penale – con la conseguente applicabilità anche nel caso di proscioglimento, quale che sia la formula (art. 205 cod. pen.). «D’altra parte», osserva la Corte, «anche avuto riguardo alle misure amministrative di sicurezza in senso stretto – previste e disciplinate dal codice penale dagli art. 199 a 240 – dottrina e giurisprudenza hanno sempre concordato, con particolare riferimento alla confisca, che tale istituto non si presenta sempre con identica natura e configurazione, ma assume caratteristiche peculiari in relazione alle diverse finalità che la legge le attribuisce e che, di conseguenza, la misura tende a realizzare»¹⁷.

Questo orientamento viene ripreso in termini pressoché identici dalla Suprema Corte anche in seguito alle riforme del 2008 e del 2009 che, come ormai ampiamente riconosciuto dalla sua giurisprudenza, hanno «inteso affermare il principio della cosiddetta “autonomia della misura patrimoniale di prevenzione” rispetto a quella personale»¹⁸, fermo restando che il giudice deve accertare «in via incidentale l’inquadrabilità del proposto nelle categorie dei soggetti che possono essere destinatari dell’azione di prevenzione»¹⁹; il tutto richiamando le prese di posizione della Corte Costituzionale con le sentenze n. 21 e 216 del 2012²⁰ che hanno confermato la conformità ai principi costituzionali del procedimento di prevenzione²¹, evidenziando, infine, che “le scelte di politica criminale sottese agli interventi operati dal legislatore con le novelle del 2008 e del 2009 incidono sulla sfera dei diritti, costituzionalmente tutelati, di proprietà e di iniziativa economica, il cui ambito di applicazione, tuttavia, ben può essere limitato nell’interesse delle esigenze di sicurezza e dell’utilità generale (art. 41 Cost., comma 2), nonché della funzione sociale della proprietà (art. 42 Cost., comma 2), secondo contenuti e finalità le cui concrete modulazioni non possono che definirsi nell’ambito della discrezionalità propriamente riservata al legislatore, tenuto conto dell’esigenza, generalmente condivisa e più volte posta in luce dalla giurisprudenza di questa Suprema Corte (v., ad es., la su citata pronuncia resa da Sez. Un., n. 18 del 03/07/1996), di sottrarre i patrimoni

17. Cass., 3 luglio 1996, Simonelli ed altri, in *Cass. pen.*, 1996, 3609.

18. Cass., Sez. V, 13 novembre 2012, n. 14044, O., cit.; cfr. Cass., Sez. VI, 18 ottobre 2012, n. 10153, C. e altro, in *Dejure*; Cass., Sez. VI, 10 ottobre 2012, n. 1282, V., *ivi*; Cass., 13 gennaio 2011, n. 18327, G., *ivi*; Cass., Sez. I, 13 gennaio 2011 (dep. 14 febbraio 2011), n. 5361, Rv. 249800; Cass., Sez. VI, 20 ottobre 2011, n. 484, Rv. 251648.

19. Cfr. Cass., 27 gennaio 2009, n. 8466, C. e altro; Tribunale di Roma, decreto n. 268/08, 19 maggio 2009, Pres. Capozza; Tribunale di Brindisi, Sez. I penale, decreto 18 febbraio/26 marzo 2009, n. 3/2009 R.G.M.P.; decreto Tribunale di Napoli, sezione misure di prevenzione, 198/2008 e 21/2009 R.G.M.P., Palumbo Castrese, depositato il 20 aprile 2009; decreto Tribunale di Trapani, 5 maggio 2009, Rocchiolo; Tribunale di Reggio Calabria, 22 luglio 2009, Alvaro Nicola ed altri; cfr. Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, decreto 7 gennaio 2010, nn. 113/95 e 41/96 R.G.M.P. e 117/2010 R.D., inedito; Tribunale di Trapani, decreto 5 maggio 2009, Crocchiolo. Cfr. MAUGERI, *La riforma delle sanzioni patrimoniali: verso un actio in rem?*, in Mazza - Viganò, *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica (d.l. 23 maggio 2008, n. 92 conv. in legge 24 luglio 2008, n. 125)*, Torino, 2008, 138 ss.; ID., *Dalla riforma delle misure di prevenzione patrimoniali alla confisca generale dei beni contro il terrorismo*, in Mazza - Viganò, *Il “Pacchetto sicurezza” 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, Torino, 2009, 440; PIGNATONE, *Il modello italiano di contrasto ai patrimoni illeciti: strumenti penali, strumenti di prevenzione, problematiche processuali. La recente riforma delle misure di prevenzione: criticità e prospettive di applicazione*, in *Atti del CSM, Incontro di studio, Roma 27 – 29 gennaio, 2010*; MANGIONE, *La confisca di prevenzione dopo i “due” pacchetti-sicurezza*, in Mazza - Aiello (a cura di), *Le misure patrimoniali antimafia. Interdisciplinarietà e questioni di diritto penale, civile e amministrativo*, cit., 74; BALSAMO, *Le misure di prevenzione patrimoniali come modello di “processo al patrimonio”. Il rapporto con le misure di prevenzione personali*, in Balsamo - Contrafatto - Nicastro (a cura di), *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, Milano, 2010, 45; CAIRO, *Confisca – Misure di prevenzione, Titolo XIX Mafia*, in Tartaglia (a cura di), *Codice delle confische e dei sequestri. Illeciti penali e amministrativi*, Roma, 2012, 1088.

20. Corte cost., 9 febbraio 2012, n. 21, in *Dir. Pen. Cont.*, 21 febbraio 2012, con nota di MENDITTO, ha negato l’incompatibilità della disciplina in questione con il diritto di difesa – art. 24 Cost. – e con il diritto al giusto processo – art. 111 Cost., osservando che sono garantiti i diritti di difesa dei successori, che sono le parti processuali, ma soprattutto ribadendo la peculiarità del procedimento patrimoniale rispetto al processo penale e quindi l’impossibilità di riconoscere le medesime garanzie laddove viene in gioco il patrimonio e non la libertà personale; conforme Corte Cost., 30 luglio 2012, n. 216, in *Cass. pen.*, 2012, 12, 4075. Cfr. LICATA, *La costituzionalità della confisca antimafia nei confronti degli eredi: un altro passo verso la definizione della natura dell’actio in rem*, in *Giur. cost.*, 2012, 242 s., che trae dalla prima pronuncia, la n. 21, il sostanziale riconoscimento della costituzionalità dello sganciamento delle misure personali dalle patrimoniali.

21. Cass., Sez. VI, 18 ottobre 2012, n. 10153, in *Dejure*; conforme Cass., 9 novembre 2012, n. 12003, B. e altro, *ivi*; Cass., Sez. V, 20 gennaio 2010, n. 16580, De Carlo, Rv. 246863.

accumulati illecitamente alla disponibilità dei soggetti che non possono dimostrarne la legittima provenienza”.

L'ambiguità della natura della forma di confisca in esame emerge, tuttavia, dalla giurisprudenza della Suprema Corte a Sezioni Unite nella significativa sentenza Auddino, laddove afferma, dapprima, che la confisca antimafia (art. 2 ter l. 575/65) costituisce una forma di “espropriazione per pubblico interesse, identificato, quest’ultimo, nella generale finalità di prevenzione penale”, poi che “non si tratta di un provvedimento di prevenzione in senso stretto, ma piuttosto di sanzione amministrativa di carattere ablatorio, equiparabile alla misura di sicurezza prescritta dal secondo comma dell’art. 240 c.p.”; per, infine, sottolineare in un successivo passaggio “la natura di sanzione patrimoniale, riconosciuta alla nostra confisca, risposta a una acquisizione illecita di beni, situazione per sua natura insuscettiva di evoluzione (Cass., Sez. II, 28 marzo 1996, n. 1438, Olivieri)”²².

Non sono mancate, del resto, pronunce in cui si sottolinea che non può essere negata una *componente sanzionatoria* della confisca antimafia, definita *come un istituto nuovo ed atipico*, con funzione preventiva²³; oppure si afferma che la confisca, quale generica misura di prevenzione, ha natura formalmente e sostanzialmente afflittiva²⁴: “*anche dissuasiva, con la preminente funzione di togliere dalla circolazione perversa il bene che, al di là del dato temporale, è pervenuto nel patrimonio in modo perverso* (v. Cass. Sez. U 2004/920 cit.)”²⁵.

La Suprema Corte, insomma, riconosce espressamente che non si può considerare misura di prevenzione *ante delictum* una misura considerata definitiva e istantanea, una sanzione applicata proprio sulla base di indizi di attuale consumazione di un delitto (la pericolosità deriverebbe dall'appartenenza ad un'associazione criminale) e di precedenti delitti (l'origine illecita dei beni)²⁶. Emergono però delle ambiguità nelle definizioni adottate dalla giurisprudenza della Corte, dovute all'intrinseca equivocità della confisca, definita dalla dottrina come una «sorta di reticolo sanzionatorio», un ibrido pronto a piegarsi a diverse finalità²⁷. La Corte da una parte la considera sanzione amministrativa equiparabile alla misura di sicurezza (quel *tertium genus* di cui ha parlato la precedente giurisprudenza)²⁸, dall'altra ne sottolinea il carattere *punitivo* quando la definisce *sanzione patrimoniale*, applicata come risposta, reazione punitiva, all'acquisizione illecita di beni²⁹.

Da ultimo, infatti, in una recente sentenza in materia di confisca nel decr. 231/2001 sulla responsabilità da reato degli enti, le Sezioni unite hanno espressamente ribadito la costante natura “proteiforme” della confisca nell'ordinamento italiano³⁰, evidenziando la recente introduzione «nell'ordinamento, in maniera sempre più esponenziale, [di] ipotesi di confisca obbligatoria dei beni strumentali alla consumazione del reato e del profitto ricavato, le quali hanno posto in crisi le costruzioni dommatiche elaborate in passato e la identificazione, attraverso il *nomen iuris*, di un istituto unitario, superando così i ristretti confini tracciati dalla norma generale di cui all'art. 240 c.p. (si pensi esemplificativamente alla confisca di cui agli artt. 322 *ter*, 600 *septies*, 640 *quater*, 644, 648 *quater* c.p., 2641 c.c., 187 d. lgs. n. 58/98, 44/2° d.p.r. n. 380/01)»; anche la progressiva

22. Cass., S.U., 8 gennaio 2007, n. 57, Auddino, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, 1297.

23. Corte cost., 15 febbraio 1988, in *Giur. it.*, 1988, II, 360.

24. Cass., 21 gennaio 1991, in *Giur. it.*, 1992, II, 299.

25. Cass., 8 aprile 2008 (dep. 29 maggio 2008), n. 21717, Failla e altro, Rv. 240501.

26. MAUGERI, *op. cit.*, 526 e dottrina *ivi* citata; MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001, 391.

27. ALESSANDRI, *Confisca (dir. pen.)*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. III, Torino, 1989, 49; MAUGERI, *op. cit.*, 529; Cass., S.U., 3 luglio 1996, Simonelli ed altri, in *Cass. pen.*, 1996, 3609.

28. Cass., S.U., 3 luglio 1996, Simonelli ed altri, in *Cass. pen.*, 1996, 3609; Cass. 31 gennaio 2005, Bruno, 231873, in *Guida al dir.*, 2005, n. 25, 56; App. Napoli, 16 gennaio 2001, Zaza, in *Giur. mer.*, 2003, 131.

29. Cass., 21 gennaio 1991, Piromalli, in *Cass. pen.*, 1992, 299.

30. Cass., S.U., 27 marzo 2008 (dep. 2 luglio 2008), n. 26654, Soc. Fisiat Italimpianti e altro, in *Guida al diritto*, 2008, 31, 102. Cfr. Cass. pen., 7 maggio 2008, n. 22903, in *Dejure*.

moltiplicazione delle ipotesi di confisca nella forma per equivalente confermerebbe, ad avviso della Corte, «la determinazione con cui il legislatore ha inteso e intende perseguire l'obiettivo di privare l'autore del reato soprattutto del profitto che ne deriva», rivelando che «l'obiettivo perseguito, non più incentrato sull'equivoca pretesa della pericolosità delle cose, tende a superare la rigida catalogazione codicistica dell'istituto». Ne consegue, quindi, afferma la Corte che *«sulla base della tracciata evoluzione normativa, appare assai arduo, oggi, catalogare l'istituto della confisca nel rigido schema della misura di sicurezza, essendo agevole per esempio riconoscere, in quella di valore, i tratti distintivi di una vera e propria sanzione e, in quella "speciale", una natura ambigua, sospesa tra funzione specialpreventiva e vero e proprio intento punitivo. Con il termine "confisca", in sostanza, al di là del mero aspetto nominalistico, si identificano misure ablative di natura diversa, a seconda del contesto normativo in cui lo stesso termine viene utilizzato»*.

La Suprema Corte riconosce, insomma, che non solo *«nell'elaborazione giurisprudenziale, è ormai acquisita l'affermazione del naturale polimorfismo dell'istituto e della pluralità di funzioni (di misura di sicurezza, prevenzione o pena) di volta in volta perseguite dal legislatore»*, ma ritiene che *«la confisca risponde ad una logica prevalentemente sanzionatoria, configurandosi come uno strumento strategico di politica criminale, inteso a contrastare fenomeni sistematici di criminalità economica e di criminalità organizzata. Ne consegue che occorre considerare non già una astratta e generica figura di confisca, ma, in concreto, la confisca così come risulta da una determinata legge (Corte Cost. 1961 n. 29; Id. 1964, n. 46)»*³¹.

In tale direzione, in conclusione, parte della dottrina ha sempre dubitato della classificazione della confisca ex art. 2 ter l. 575/65 come misura di prevenzione laddove si considera che il suo presupposto è la consumazione di precedenti attività criminose³² dalle quali derivano i beni da confiscare, e dato che la fattispecie consente di confiscare tali beni senza dover provare il nesso causale con un determinato reato in un regolare processo, se ne può dedurre che il suo scopo non sia quello di prevenire la commissione di futuri reati, ma piuttosto quello di sottrarre i beni di provenienza illecita sulla base di meri elementi indiziari e, quindi, di sanzionare dei reati, dei quali non si riescono a fornire le prove, per lo meno nella forma minima della sottrazione del profitto³³, affidando alla prevenzione una funzione (afflittiva) che non le spetta³⁴.

In tale direzione il giudice costituzionale ha riconosciuto che la confisca «comporta conseguenze ablatorie definitive (art. 2 *nonies*, l. 575/1965) e si distacca, perciò, dalla contingente premessa che giustifica tanto il sequestro quanto tutte le altre misure di carattere preventivo, valide allo "stato", cioè subordinatamente al permanere della pericolosità del soggetto. La *ratio* della confisca comprende, ma eccede, quella delle misure

31. Cfr. Cass., 7 maggio 2008, n. 22903, in *Dejure*.

32. Cass., 25 ottobre 1993, in *Cass. pen.*, 1995, 163.

33. MAUGERI, *op. cit.*, 526.

34. Questa legislazione, che consente di emanare un provvedimento di confisca indipendentemente dall'esercizio dell'azione penale, riecheggia indubbiamente la legislazione contro il fascismo e contro il collaborazionismo; e come allora si riconobbe in quella forma di confisca una vera e propria pena criminale, nonostante fosse emanata in sede di provvedimenti di polizia, anche oggi le si riconosce carattere di vera e propria pena COMUCCI, *Il sequestro e la confisca nella legge "antimafia"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 86; sostengono il carattere repressivo dell'istituto della confisca in esame BRICOLA, *Forme di tutela "ante-delictum" e profili costituzionali della prevenzione*, in *Le misure di prevenzione*, atti del IX Convegno "Enrico De Nicola", Milano, 1975, 59 ss.; GALLO, voce *Misure di prevenzione*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XX, Roma, 1990, *Appendice di aggiornamento*, Roma, 1996, 15; STORTONI, *Le misure di prevenzione contro la mafia*, in *Le misure di prevenzione. Teoria e prassi applicativa*, Bari, 1998, 371 ss.; RUSSO, *La gestione dei patrimoni sequestrati e la tutela dei terzi nel sistema della l. n. 646 del 1982*, in *Fall.*, 1985, 1009; AGUGLIA, *La legge La Torre alla verifica della Corte Costituzionale*, in *Dir. fall.*, 1986, II, 447 ss.; MANGANO, *La confisca nella legislazione antimafia e i diritti dei terzi*, in *Ind. pen.*, 1987, 653; BARGI, *L'accertamento della pericolosità nelle misure di prevenzione*, Napoli, 1988, 21 ss.; LAUDATI, *La criminalità economica e le prime applicazioni giurisprudenziali degli art. 12 quinquies e sexies della legge 356/92, relazione al 4° Congresso nazionale Associazione Internazionale De Droit Penal*, in *Riv. pen. dell'ec.*, 1994, 327; ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza*, Bologna, 1979, 202; MARUCCI, *Le misure giurisdizionali di prevenzione penale e l'appartenenza ad associazioni mafiose*, in *Giur. it.*, 1971, II, c. 105; CELENTANO, *La nuova ipotesi particolare di confisca obbligatoria*, in *Riv. pen. dell'ec.*, 1994, 109, che parla di finalità sanzionatoria di un arricchimento illecito; MAUGERI, *op. cit.*, 527 ss.; ID. *Dalla riforma delle misure di prevenzione patrimoniali alla confisca generale dei beni contro il terrorismo*, cit., 481; FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale – Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone giuridiche*, Bologna, 2007, 170 – 192 ss.; MAIELLO, *La prevenzione patrimoniale "in trasformazione"*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, 805.

di prevenzione, consistendo nel sottrarre definitivamente il bene al circuito economico di origine, per inserirlo in altro, esente dai condizionamenti criminali che caratterizzano il primo»³⁵.

Parte della dottrina ha criticato tale sentenza della Corte costituzionale (n. 335), osservando che «l'effetto ablatorio definitivo è pur sempre connaturato ad ogni tipo di confisca ed è collegato all'accertamento di una qualche pericolosità del soggetto al momento della decisione; tale effetto non ha incidenza sul carattere preventivo della confisca, accentuandone, piuttosto, quello sanzionatorio, peraltro sempre presente, sia nelle misure *ante delictum* [...], sia nelle misure *post delictum*» (la funzione preventiva è individuata «nel porre un concreto definitivo ostacolo alla prosecuzione dell'attività illecita»)»³⁶.

Per contro, invece, si ritiene, come osservato già in altra sede, che con tale sentenza (n. 335) la Corte Costituzionale riconosce come la pericolosità sociale non costituisca la ragione fondante della confisca (tanto è vero che, anche prima della riforma, tale sanzione poteva essere adottata anche qualora il giudizio di pericolosità avesse esaurito i suoi effetti con la cessazione della durata della misura di prevenzione personale)³⁷; la finalità preventiva di tale sanzione, non può essere ricondotta al classico modello delle misure *ante delictum*, ma va ricondotta, da una parte, in un'ottica macrocriminale, ad esigenze di prevenzione dell'infiltrazione criminale nell'economia, come espressamente affermato dalla Corte Costituzionale³⁸, e della connessa alterazione dei normali meccanismi di funzionamento di un sistema economico di tipo tendenzialmente concorrenziale³⁹, e, dall'altra parte, ad esigenze di incapacitazione economica della criminalità. A tale scopo, però, si è creato uno strumento punitivo basato sul sospetto che nei confronti del singolo individuo può rivelarsi come una sorta di pena sommaria, applicata al di fuori del rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento penale, dal principio di legalità al principio di personalità della pena⁴⁰.

Nella sentenza in commento la Suprema Corte nega definitivamente la natura di misura preventiva della confisca in esame in quanto, in seguito alle riforme introdotte dal d.l. 92/2008, convertito in l. 125/2008, e dalla l. n. 94/2009, tale forma di ablazione dei beni può essere applicata separatamente dalle misure personali e soprattutto in mancanza di un giudizio di attualità della pericolosità sociale, giudizio che consentiva di ricondurre tale forma di confisca alla categoria delle misure di sicurezza (con la relativa applicazione del principio di retroattività della disciplina).

La Corte evidenzia sostanzialmente che era possibile considerare la confisca come vera e propria misura preventiva solo se e fino a quando si fondava la sua applicazione su un giudizio di pericolosità sociale, di cui si chiedeva l'attualità, in quanto lo scopo della confisca sarebbe stato quello di evitare che il soggetto pericoloso disponesse di uno strumento utile al proseguimento dell'attività criminosa; in questo senso si giustificava l'equiparazione alla misura di sicurezza e l'applicazione del principio di cui all'art. 200 c.p. di applicazione della disciplina vigente al momento dell'applicazione della misura corrispondente con la permanenza della pericolosità.

Sganciata, però, definitivamente l'applicazione della misura patrimoniale dalla

35. Corte Cost., 8 ottobre 1996, n. 335, in *Foro it.*, 1997, I, c. 21.

36. Cfr. GIALANELLA, *I patrimoni di mafia - La prova, il sequestro, la confisca, le garanzie*, Napoli, 1998, 166; cfr. ID., *Prevenzione patrimoniale e strategia dell'«actio in rem»: la pericolosità «in sé» della cosa, la sospensione provvisoria dell'amministrazione dei beni e la ricchezza «contigua»*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2001, 288.

37. MAUGERI, *op. cit.*, 527-528.

38. Corte Cost. 19 novembre 1992, n. 464, in *Cass. pen.*, 1993, 2215.

39. Cfr. in quest'ultima direzione, GAROFOLI, *Costituzione economica, trasformazioni in atto del modello economico e tendenze evolutive del sistema prevenzionistico patrimoniale*, in *Le misure di prevenzione patrimoniali - Teoria e prassi applicativa*, Bari, 1997, 71.

40. MAUGERI, *op. cit.*, 528.

persistenza dello *status* di pericolosità sociale, l'attualità della pericolosità, vengono meno i presupposti che giustificavano la riconduzione della confisca misura di prevenzione alla categoria delle misure di prevenzione o comunque a un *tertium genus* equiparabile.

«La *ratio* della più volte affermata equiparabilità tra misure di sicurezza e misure di prevenzione, ai fini qui in esame, deriva dalla presa d'atto della natura e della funzione delle seconde, da applicarsi non già quale diretta conseguenza di un determinato fatto (come accade invece per le pene, da ricollegare a fatti che costituiscano reato), bensì avuto riguardo alla condotta di vita del proposto, tale da farne desumere quella attuale pericolosità sociale che è pacificamente il fondamento per dare corso a misure di sicurezza, ex art. 202 cod. pen. dunque innegabile che, in tanto esiste una possibilità di equiparazione fra le due tipologie di misura, in quanto se ne individui un comune presupposto nella verifica della perdurante pericolosità del soggetto che ne sia destinatario: una pericolosità che dovrà comunque sussistere (sia pure se affermata in base a presunzioni) nel momento in cui il giudice della prevenzione sia chiamato a provvedere, proprio perché è ad una pericolosità in atto che la legge – eventualmente, anche sopravveniente – mira a porre rimedio [...] 2.3 Già a questo punto, però, non è chi non veda come il percorso argomentativo appena illustrato incontri un limite non valicabile, laddove di quel giudizio di attuale pericolosità sociale si possa fare a meno, ed una misura di prevenzione (patrimoniale) possa essere disposta anche prescindendo da una tale verifica. Se infatti non è più richiesto – come oggi non si chiede, [...] – che il proposto in sede di procedimento di prevenzione sia persona socialmente (ed attualmente) pericolosa, non sembra possibile ricavare regole formali per la disciplina di quel procedimento da una norma – l'art. 200 cod. pen. – che fonda la sua ragion d'essere proprio su quell'indefettibile presupposto».

Come esaminato, in realtà, anche prima di tale riforma si dubitava della riconduzione di tale forma di confisca alla categoria delle misure di prevenzione, in quanto la misura si applica non in virtù di comportamenti pericolosi, che possono far presupporre per il futuro comportamenti illeciti, ma, in relazione a comportamenti del passato che hanno dato già luogo ad illeciti⁴¹, e, inoltre, se si volessero perseguire delle mere finalità preventive si sarebbe dovuto confiscare al soggetto pericoloso anche quanto lecitamente detenuto per prevenirne, comunque, un utilizzo per finalità criminali; il requisito dell'origine illecita del patrimonio non sarebbe necessario, in quanto il patrimonio, comunque, non è un bene in sé pericoloso ma lo diventa in relazione ad un soggetto pericoloso, il quale potrebbe in futuro utilizzarlo per commettere dei delitti⁴².

Ed è, comunque, singolare concepire un provvedimento afflittivo e definitivo come la confisca come una misura di prevenzione⁴³. Una misura preventiva, per sua natura tende ad essere provvisoria, cioè a perdurare finché sussistono le condizioni di pericolosità, che l'hanno giustificata⁴⁴. La confisca, invece, anche prima delle recenti riforme, secondo il giudizio della Suprema Corte, non poteva essere revocata anche nel caso in cui, in seguito al sopraggiungere di elementi indicativi del riadattamento sociale del soggetto e della cessazione della sua pericolosità, venisse revocata la misura di prevenzione personale; e questo si spiegava perché la cessazione della pericolosità non faceva venire meno l'illiceità della provenienza del bene⁴⁵ (anche la Corte Costituzionale, d'altronde, ha sempre affermato che è possibile applicare la confisca anche dopo la cessazione della

41. Cfr. autori citati in nota 34.

42. Cfr. COMUCCI, *op. cit.*, 101; *contra* MACRÌ, *op. cit.*, 136, sottolinea come la disciplina in esame ha trasformato la "ricchezza" da "elemento di protezione" ad "elemento di sospetto e segno di pericolosità sociale", "il patrimonio è causa e sintomo di pericolosità"; BERTONI, *La legge antimafia dopo tre anni tra limiti della giustizia e carenze della politica*, in Fiandaca - Costantino (a cura di), *La legge antimafia tre anni dopo*, Milano, 1986, 568; LA BRUNA - TROVATO, *op. cit.*, 371. Cfr. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 500, il quale sostiene «la natura di sanzione penale della confisca di prevenzione».

43. Cfr. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 496.

44. Cfr. IACCARINO, voce *Confisca* (*Diritto amministrativo*), in *Nov.mo Dig. it.*, vol. IV, Torino, 1957, 40.

45. Cfr. GALLO, *op. cit.*, 11; MOLINARI, *Alcune riflessioni sugli effetti ex tunc od ex nunc della revoca delle misure di prevenzione*, in *Cass. pen.*, 1995, 394; PUGLISI, *Commenti articolo per articolo*, l. 13 agosto 1988, n. 327, artt. 15-16, in *Leg. pen.*, 1989, 38-39; MAUGERI, *op. cit.*, 527 s.

durata della misura di prevenzione personale, purché il procedimento preventivo sia stato iniziato prima della cessazione della durata della misura personale⁴⁶).

In ogni caso, ancor prima della sentenza in commento, si è evidenziato che la riforma delle misure di prevenzione, realizzata nel 2008 e nel 2009, sganciando, almeno tendenzialmente, le misure patrimoniali dalle personali, ha confermato che la *ratio* di tali misure non è connessa alla pericolosità dei proposti e che la finalità preventiva della confisca antimafia non può essere ricondotta al classico modello delle misure *ante delictum*, ma va ricondotta, come esaminato, ad esigenze di prevenzione dell'infiltrazione criminale nell'economia e ad esigenze di incapacitazione economica della criminalità.

Il caso concretamente esaminato dalla Corte rappresenta poi una significativa ipotesi concreta in cui è possibile non considerare pericoloso il prevenuto, pur in presenza di indizi del compimento di un'attività criminale che giustifica i sospetti di origine illecita del patrimonio, e cioè l'ipotesi in cui viene applicata la sospensione condizionale della pena («Non è infatti suscettibile di smentita il rilievo che nella fattispecie concreta la Corte di appello di Palermo non ha ritenuto attualmente pericoloso l'Occhipinti, né ha espresso valutazioni su una sua pericolosità pregressa, sia pure sulla base degli stessi elementi che erano emersi nel processo celebrato a suo carico e che comunque aveva portato all'applicazione di una pena soggetta a benefici. Se ne ha chiara riprova nella constatazione, parimenti evidenziata dal ricorrente, che il P.M. aveva impugnato il decreto del Tribunale di Trapani solo con riguardo al rigetto della misura di prevenzione patrimoniale, e non anche in ordine a quella personale la cui praticabilità era da escludersi – secondo lo stesso appellante – proprio in ragione del disposto dell'art. 166, comma 2, cod. pen., “difettando l'attualità della pericolosità sociale”»). Come evidenziato in altra sede, in seguito alla riforma del 2009 un'ipotesi concreta in cui sarebbe difficile applicare la misura personale, perché la sottostante prognosi positiva in termini di prevenzione speciale si porrebbe in contraddizione con la valutazione giudiziaria di pericolosità sociale, ma sarà invece possibile applicare la misura patrimoniale attiene al soggetto al quale viene concesso il beneficio della *sospensione condizionale della pena*⁴⁷.

3.1

LA NOZIONE DI “MATERIA PENALE” DELLA CORTE EDU

La Suprema Corte, inoltre, nel riconoscere la natura “sanzionatoria” della confisca misura di prevenzione fonda la sua interpretazione sui criteri stabiliti dalla giurisprudenza della Corte EDU; come si afferma nella pronuncia, «Dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, formatasi in particolare sull'interpretazione degli artt. 6 e 7 della CEDU, si ricava, pertanto, il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto». Si evidenzia come la giurisprudenza della Corte EDU sulla nozione di materia penale sollecita una verifica non meramente formale della natura di una sanzione al fine di applicare le dovute garanzie: «giurisprudenza costituzionale e la dottrina hanno sottolineato la necessità di un controllo non solo nominale, ma anche contenutistico degli strumenti qualificati dal legislatore come misure di sicurezza, costituenti una

46. Così Corte Cost., 28 dicembre 1993, n. 465, Trimboli, in *Giur. cost.*, 1993, 3821; cfr. Corte Cost., 8 ottobre 1996, n. 335, in *Foro it.*, 1997, I, 24; cfr. MAUGERI, *Dall'actio in rem alla responsabilità da reato delle persone giuridiche: un'unica strategia politico criminale contro l'infiltrazione criminale nell'economia?*, in Visconti - Fiandaca (a cura di), *Scenari di mafia. Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, Torino, 2010, 271 ss.

47. MAUGERI, *Dalla riforma delle misure di prevenzione patrimoniali alla confisca generale dei beni contro il terrorismo*, cit., 446; SCARPINATO, *Le indagini patrimoniali*, in Cassano (a cura di), *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il “pacchetto sicurezza”*, Roma, 2009, 261. Cfr. Corte Cost., 12 ottobre 2011, n. 270, S.F., in *Giur. cost.*, 2011, 5, 3512, in cui si afferma: «È manifestamente infondata la q.l.c. dell'art. 530 c.p.p., censurato, in riferimento all'art. 3 cost., nella parte in cui non contempla una disposizione affine, o una clausola identica, a quella prevista dall'art. 166, comma 2, c.p. La questione è sollevata sulla base di un presupposto interpretativo – quello secondo cui coloro che sono stati condannati con pena sospesa non possono subire alcuna misura di prevenzione – erroneo, sia perché l'art. 166, comma 2, c.p. si limita a disporre che la condanna a pena sospesa non può costituire in alcun caso, di per sé sola, motivo per l'applicazione di misure di prevenzione, non escludendo affatto che le risultanze del processo penale, conclusosi con sentenza di condanna con pena sospesa, possano essere valutate ai fini dell'applicazione della misura di prevenzione, unitamente ad altri elementi desumibili aliunde, sia perché non tiene conto né della profonda differenza sussistente tra il procedimento penale e quello di prevenzione, né del fatto che il giudice, con la sentenza di assoluzione, non opera alcun giudizio di pericolosità dell'imputato, ad eccezione dei casi previsti dalla legge in cui applica la misura di sicurezza (sent. n. 275 del 1996)».

reazione ad un fatto criminoso. Ciò, al fine di impedire che risposte di segno repressivo, e quindi con i caratteri propri delle pene in senso stretto, si prestino ad essere qualificate come misure di sicurezza, con la conseguenza di eludere il principio di irretroattività valido per le pene. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha, a sua volta, sottolineato che la necessità di scongiurare un surrettizio aggiramento delle garanzie individuali che gli artt. 6 e 7 riservano alla materia penale comporta che la distinzione relativa alla natura penale o meno di un illecito e della relativa sanzione si fondi non solo sul criterio della qualificazione giuridico-formale attribuita nel diritto nazionale, ma anche su altri due parametri, costituiti dall'ambito di applicazione della norma che lo preveda e dallo scopo della sanzione. Dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, formatasi in particolare sull'interpretazione degli artt. 6 e 7 della CEDU, si ricava, pertanto, il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto. Tale principio è desumibile dall'art. 25 Cost., comma 2, che, attesa l'ampiezza della sua formulazione ("nessuno può essere punito...") può essere interpretato nel senso che ogni intervento sanzionatorio il quale non abbia prevalentemente la funzione di prevenzione criminale (e quindi non sia riconducibile – in senso stretto – a vere e proprie misure di sicurezza), è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato [...].⁴⁸

La Suprema Corte richiama, quindi, la giurisprudenza della Corte EDU che sollecita un'interpretazione autonoma della nozione di "materia penale", cui applicare le garanzie previste dalla CEDU – innanzitutto dagli artt. 6 e 7 –, in base ai parametri elaborati a partire dalla sentenza *Engel*⁴⁹: la qualificazione formale ufficiale o la determinazione dell'ordinamento di appartenenza, che, pur definito come primo criterio, costituisce a partire dal caso *Engel* solo un punto di partenza, una *ratio cognoscendi*⁵⁰; la "natura stessa" dell'infrazione con particolare riferimento alle sue forme di tipizzazione e al procedimento adottato; la natura e il grado di severità della sanzione, considerati come unico criterio nel caso *Engel*⁵¹. Si tratta di una nozione ampia di "materia penale" ricomprensiva non solo del penale in senso stretto, ma di tutte le misure aventi carattere afflittivo, che perseguono finalità di prevenzione generale e speciale; vi rientra l'illecito amministrativo punitivo, com'è stato espressamente affermato in relazione alle *Ordnungswidrigkeiten* dell'ordinamento tedesco⁵² o in relazione ai *Verwaltungsstrafverfahren* dell'ordinamento austriaco⁵³, oppure si fa rientrare nella nozione di materia penale il procedimento volto all'imposizione di una multa per il reato di evasione fiscale, – come nel caso *A.P., M.P. and T.P. v. Switzerland* e nel caso *J.B. v. Switzerland*⁵⁴ –, o le

48. Cass., Sez. V, 13 novembre 2012, n. 14044, O., cit., 16.

49. Corte eur. dei dir. dell'uomo, 8 giugno 1976, *Engel e Altri*, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, 1977, Série A, vol. 22, 36; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 26 marzo 1982, *Adolf c. Gov. Austria*, in *Riv. dir. intern.*, 1984, 121, e in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, 1982, Série A, vol. 49, 15; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 10 febbraio 1983, *Albert et le Compteur*, *ivi*, vol. 58, 16; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 21 febbraio 1984, *Öztürk v. Germany*, in Série A, no. 73, p. 18, § 50 e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 894; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 25 agosto 1987, *Lutz, Englert e Nölkenbockhoff v. Germany*, Série A, vol. 123, 22; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 22 maggio 1990, *Weber v. Switzerland*, *ivi*, vol. 177, 17-18; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 27 agosto 1991, *Demicoli c. Malte*, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, *ivi*, vol. 210, 1991, 25; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 25 febbraio 1993, *Funk*, *ivi*, vol. 256, 30; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 10 giugno 1996, *Benham c. Royaume-Uni*, in *Recueil de Arrêts et Décisions*, 1996, III, n° 10, 756; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 8 dicembre 1998, *Padin Gestoso c. Espagne*, *ivi*, 1999, II, 361 ss.; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 3 maggio 2001, *J.B. v. Switzerland*, Application no. 31827/96, in *www.coe.int*, § 44; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 9 ottobre 2003, *Ezeh and Connors v. the United Kingdom*, n. 39665/98 e 40086/98, *ivi*, § 91.

50. «Le indicazioni che ne derivano hanno un valore solo formale e relativo», Corte eur. dei dir. dell'uomo, 8 giugno 1976, *Engel e Altri*, Série A, vol. 22, 36; in dottrina cfr. DE SALVIA, *Lineamenti di diritto europeo*, Padova, 1991, 140-141.

51. Così Corte eur. dei dir. dell'uomo, 8 giugno 1976, *Engel e Altri*, Série A, vol. 22, 36.

52. Corte eur. dei dir. dell'uomo, 21 febbraio 1984, *Öztürk*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 894.

53. Cfr. Corte eur. dei dir. dell'uomo, 18 febbraio 1997, *Mauer c. Autriche*, in *Recueil de Arrêts et Décisions* 1997, I n° 28, p. 76; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 23 ottobre 1995, *Palaoro c. Autriche*, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme* 1996, Série A, vol. 329, 38-47; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 23 ottobre 1995, *Pramstaller c. Autriche*, *ivi*, 1996, vol. 329, 2; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 23 ottobre 1995, *Pfarrmeier c. Autriche*, 23 ottobre 1995, *ivi*, 1996, vol. 329, 63-72; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 23 ottobre 1995, *Schmautzer c. Autriche*, *ivi*, 1996, vol. 328, 13; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 23 ottobre 1995, *Umlauf c. Autriche*, *ivi*, 1996, vol. 328, 37; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 23 ottobre 1995, *Gradinger c. Autriche*, *ivi*, 1996, vol. 328, 61.

54. Corte eur. dei dir. dell'uomo, 3 maggio 2001, *J.B. v. Switzerland*, Application no. 31827/96, in *www.coe.int*, § 44; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 29 agosto

sanzioni disciplinari quando tali sanzioni “meritino le garanzie inerenti alla procedura penale”⁵⁵, o, ancora, i “procedimenti per il recupero di un onere comunitario non pagato” (“*proceedings for recovery of an unpaid community charge*”), considerati dalla legge inglese “*civil in nature*”⁵⁶ o la misura di sicurezza detentiva tedesca – la *Sicherungsverwahrung* (§ 66 StGB)⁵⁷. La Corte europea ha riconosciuto anche il carattere “punitivo” della confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere costruite, prevista nell’ordinamento italiano (art. 19 l. 47/1985, ora art. 44, comma 2, del d.p.r. n. 380/2001, c.d. testo unico dell’edilizia), nella sentenza Sud Fondi⁵⁸, con cui i giudici di Strasburgo hanno condannato il nostro Paese per la violazione degli artt. 7 e 1 Prot. 1 CEDU; in tale ipotesi si conferma l’approccio sostanzialistico della Corte EDU, ma non se ne possono trarre valide considerazioni sulla natura della confisca dei profitti trattandosi di un’ipotesi peculiare, in cui la confisca assume una chiara connotazione afflittiva⁵⁹.

Le garanzie previste dalla CEDU per la materia penale, in particolare dagli artt. 6, c. 2 e 7, devono pertanto essere riconosciute a tutte le sanzioni che, indipendentemente dalla qualifica attribuita dal legislatore nazionale, rientrano nella nozione ampia di “materia penale” delineata dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

La Corte EDU, però, come esaminato, ha sempre negato la natura sanzionatoria della forma di confisca in esame, fondandosi, come evidenzia anche la sentenza in commento e la giurisprudenza della Suprema Corte⁶⁰, sul riconoscimento della sua natura preventiva basata sul giudizio di pericolosità sociale. La Corte Europea, già a partire dal

1997, A.P., M.P. and T.P. and E.L., R.L. and J.O.-L. v. Switzerland, in *Reports of Judgments and Decisions*, 1997-V, 1487-88 e 1519-20.

55. Corte eur. dei dir. dell’uomo, 28 giugno 1984, Campbell c. Gov. Regno Unito Gran Bretagna e Irlanda del Nord, in *Riv. Dir. Internaz.*, 1986, 502; Corte eur. dei dir. dell’uomo, 8 giugno 1976, Engel e Altri, Série A, vol. 22, 36; in dottrina cfr. BERNARDI, “Principi di diritto” e diritto penale europeo, in *Ann. Un. Ferr.*, 1988, 131 ss.

56. Corte eur. dei dir. dell’uomo, 10 giugno 1996, Benham c. Royaume-Uni, in *Recueil de Arrêts et Décisions*, 1996 III, n° 10, 756; cfr. ASHWORTH, (2) *Article 6 and the Fairness of Trials*, in *Crim.L.R.*, 1999, 262.

57. Cfr. Corte eur. dei dir. dell’uomo, 17 dicembre 2009, n. 19359/04, M. c. Germania, in *Cass. pen.*, 2010, 3275. Cfr. MAUGERI, *La nozione e i principi della “materia penale” nella giurisprudenza delle Corti Europee*, in Montanari (a cura di), *La costruzione dell’identità europea: sicurezza collettiva, libertà individuali e modelli di regolazione sociale*, Torino, in corso di pubblicazione.

58. Cfr. una forma di confisca considerata a partire dalla sentenza Licastro della Suprema Corte, “sanzione amministrativa e obbligatoria”, indipendente dalla condanna penale Cass., III Sez., 12 novembre 1990, Licastro; Cass., 16 novembre 1995, Besana, n. 12471; Cass., 25 giugno 1999, N. 1880, Negro; Cass., 15 maggio 1997, n. 331, Sucato; Cass., 23 dicembre 1997, N. 3900, Farano; Cass., 6 maggio 1999, N. 777, Iacoangeli. Con ordinanza n. 187 del 1998, la Corte Costituzionale ha sancito la natura amministrativa della confisca.

59. Corte eur. dei dir. dell’uomo, 20 gennaio 2009, Sud Fondi Srl e Altre 2 c. Italia, n. 75909/01, in *www.coe.int*, § 125-129; cfr. Corte eur. dei dir. dell’uomo, Sez. II, sent. 10 maggio 2012, ric. n. 75909/01, Sud Fondi e altri c. Italia, con nota di BEDUSCHI, *Confisca degli “ecomostri” di Punta Perotti: la Corte di Strasburgo condanna l’Italia a versare alle imprese costruttrici 49 milioni di euro a titolo di equa riparaione*, in *Dir. pen. cont.*, 16 maggio 2012. La Corte EDU ritiene che la confisca in questione ha costituito una ingerenza nel godimento del diritto dei ricorrenti al rispetto dei beni ai sensi dell’articolo 1 del Protocollo n. 1, ma non ritiene necessario stabilire se si tratti o meno di una pena ai sensi del secondo paragrafo dell’articolo 1 del Protocollo n. 1, come stabilito nel caso *Phillips e Welch*, oppure una forma di regolamentazione dell’uso dei beni come stabilito dalla Corte in relazione alla confisca misura di prevenzione dell’ordinamento italiano, poiché in ogni caso trova applicazione il secondo paragrafo dell’articolo 1 del Protocollo n. 1 (cfr. 24 marzo 2005, *Frizen c. Russia*, n. 58254/00, § 31). Fatta questa premessa la Corte ritiene che l’ingerenza nel diritto al rispetto dei beni delle ricorrenti era arbitrario e che vi è stata violazione dell’articolo 1 del Protocollo n. 1 perché nel caso di specie il reato rispetto al quale la confisca è stata inflitta alle ricorrenti non aveva alcuna base legale ai sensi della Convenzione in violazione dell’art. 7 CEDU e la sanzione inflitta alle stesse era arbitraria (§§ 114 - 118); la Corte ritiene opportuno precisare, «tenuto conto della gravità dei fatti denunciati nella presente causa», che la sanzione è sproporzionata rispetto all’interesse generale della comunità perseguito, in quanto «la buona fede e l’assenza di responsabilità delle ricorrenti non hanno potuto svolgere alcun ruolo» e «le procedure applicabili nella fattispecie non permettevano in alcun modo di tenere conto del grado di colpa o di imprudenza né, a dir poco, del rapporto tra la condotta delle ricorrenti e il reato controverso» (§§ 138 - 139); «la Corte ritiene poi che la portata della confisca (85% di terreni non edificati), in assenza di un qualsiasi indennizzo, non si giustifica rispetto allo scopo annunciato, ossia mettere i lotti interessati in una situazione di conformità rispetto alle disposizioni urbanistiche. Sarebbe stato ampiamente sufficiente prevedere la demolizione delle opere incompatibili con le disposizioni pertinenti e dichiarare inefficace il progetto di lottizzazione. Infine, la Corte osserva che il comune di Bari – responsabile di avere accordato dei permessi di costruire illegali – è l’ente che è divenuto proprietario dei beni confiscati, il che è paradossale. Tenuto conto di questi elementi, vi è stata rottura del giusto equilibrio e violazione dell’articolo 1 del Protocollo n. 1 anche per questo motivo» (§§ 140-141-142). In materia cfr. ABBADESSA - GAMBARELLA - MANES - VIGANÒ, *Il “Controcanto” della corte europea dei diritti dell’uomo: l’europeizzazione delle garanzie in materia penale*, in *Ius*, 2010, 17, 87; sull’affermazione del principio di colpevolezza nella sentenza Sud-Fondi cfr. MAUGERI, *Il principio di proporzionalità nelle scelte punitive del legislatore europeo: l’alternativa delle sanzioni amministrative comunitarie*, in Grasso - Picotti - Sicurella, *L’evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, 122 ss. Sulla natura punitiva di tale forma di confisca MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 142 ss.; cfr. BALSAMO, *La speciale confisca contro la lottizzazione abusiva davanti alla Corte Europea*, in *Cass. pen.*, 2008, 3504 ss.; BALSAMO - PARASPORO, *La Corte europea e la confisca contro la lottizzazione abusiva: nuovi scenari e problemi aperti*, ivi, 2009, 3183 ss.; ANGELILLIS, *Lottizzazione abusiva: la natura giuridica della confisca all’esame di CEDU e Corte Costituzionale*, ivi, 2008, 4333.

60. Cfr. Cass., S.U., 25 marzo 2010, n. 13426, Cagnazzo; cfr. Corte Cost., 11 (12) luglio 1996, n. 275, in *www.cortecostituzionale.it*.

caso Labita⁶¹, ha riconosciuto la compatibilità con la CEDU delle misure di prevenzione solo in quanto fondate su una valutazione di pericolosità sociale del destinatario, così considerando non in contrasto con i principi della CEDU il fatto che le misure di prevenzione «siano applicate nei confronti di individui sospettati di appartenere alla mafia anche prima della loro condanna, poiché tendono ad impedire il compimento di atti criminali»; «in tutte le pronunce emesse dalla giurisprudenza sovranazionale in tema di confisca di prevenzione si afferma, oltre alla non necessità di una precedente condotta costituente reato, la doverosità di accertare la pericolosità del soggetto che ne sia destinatario, quale presupposto giustificativo di un intervento ablatorio – sia pure non di carattere penale – strumentale alla tutela di pubblici interessi»⁶².

La Corte EDU, infatti, a partire dal caso Marandino e dal caso Raimondo, ha riconosciuto la natura preventiva e non punitiva della confisca antimafia da cui consegue la mancata violazione del diritto di proprietà (art. 1 del I protocollo addizionale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che tutela il diritto alla libera attività economica e il diritto di proprietà), della presunzione d'innocenza (art. 6, § 2) e del principio di legalità (art. 7), laddove se ne consente l'applicazione retroattiva⁶³. La misura di prevenzione, ad avviso della Corte, non può essere paragonata ad una sanzione penale secondo i tre criteri individuati dalla stessa Corte nel caso *Engel*: la qualificazione nel diritto interno; la natura dell'infrazione; la natura e il grado di severità della sanzione⁶⁴. In uno dei primi casi in materia la Commissione⁶⁵, nell'applicare questi parametri, cita la sentenza *Deweer*, nella quale si ribadisce che l'accusa penale potrà definirsi come la notificazione ufficiale emanante dall'autorità competente del rimprovero di aver compiuto un'infrazione penale, e, come affermato nel caso Guzzardi, il confronto dell'art. 5 par. 1 a) con l'art. 6, par. 2 e l'art. 7, c. 1, mostra ai fini della Convenzione, che non si può avere una condanna senza un accertamento legale di un'infrazione penale o, eventualmente, disciplinare; l'utilizzazione, però, di questi termini per le misure preventive e per le misure di sicurezza non è compatibile con il principio dell'interpretazione stretta (con il divieto di analogia), che va osservato in "materia penale". Una misura preventiva, si precisa, non è destinata a reprimere un'infrazione, ma si commina sulla base di indici che denotano la propensione a delinquere.

Con particolare riferimento alla confisca, si nega che l'indiziato assumi la qualifica di accusato e che la confisca costituisca "in sostanza" una sanzione penale, rilevante ai fini della Convenzione. Accogliendo la giurisprudenza della Corte di Cassazione, si afferma, infatti, che il procedimento preventivo è autonomo rispetto al procedimento penale e non implica un giudizio di colpevolezza. La confisca antimafia presuppone solo una dichiarazione preliminare di pericolosità sociale, fondata sul sospetto dell'appartenenza a un'associazione di tipo mafioso del soggetto colpito, ed è subordinata all'applicazione di una misura preventiva personale.

Si ritiene, poi, che la severità della misura non costituisce un criterio sufficiente per stabilire se si tratti di una sanzione penale, sottolineando che la confisca non è una misura esclusiva del diritto penale, ma ne viene fatto ampio uso, per esempio, nel diritto amministrativo. Il diritto degli Stati membri del Consiglio d'Europa mostra che misure molto severe, ma necessarie e adeguate alla protezione dell'interesse pubblico, sono

61. Corte eur. dei dir. dell'uomo, Grande Camera, 1 marzo - 6 aprile 2000, *Labita c. Italia*, in www.coe.int.

62. Cass., Sez. V, 13 novembre 2012, n. 14044, O., cit., 13.

63. Commissione eur., 15 aprile 1991, *Marandino*, n. 12386/86, in *Decisions et Rapports (DR)* 70, 78; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 22 febbraio 1994, *Raimondo v. Italy*, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, 1994, Série A, vol. 281, 7; Corte eur. dir. dell'uomo, 15 giugno 1999, *Prisco c. Italia*, decisione sulla ricevibilità del ricorso n. 38662/97; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 25 marzo 2003, *Madonia c. Italia*, n. 55927/00, in www.coe.it, 4; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 5 luglio 2001, *Arcuri e tre altri c. Italia*, n. 52024/99, ivi, 5; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 4 settembre 2001, *Riela c. Italia*, n. 52439/99, ivi, 6; Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Bocellari e Rizza c. Italia*, n. 399/02, ivi, 8.

64. Per un esame approfondito delle argomentazioni della Corte EDU e per una più generale analisi della sua giurisprudenza in materia di confisca sia consentito il rinvio a MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, 487 ss.; Id., *La lotta contro l'accumulazione di profitti illeciti*, cit., 541 ss.

65. Commissione eur., 15 aprile 1991, *Marandino*, n. 12386/86, cit., 78.

stabilite anche al di fuori del campo penale⁶⁶.

La Corte EDU ritiene, poi, che la presunzione d'innocenza ex art. 27 Cost. e art. 6, par. 2 della Convenzione non è applicabile alla confisca in esame, come a tutte le misure preventive perché esse non presuppongono l'imputabilità e la colpevolezza della persona ad esse sottoposte⁶⁷. Le accuse di violazione dell'art. 6, par. 2 da parte dell'art. 2 ter della legge 575 del 1965 sarebbero incompatibili "*ratione materiae*" con tali norme⁶⁸. Da ultimo la Corte EDU ha espressamente affermato che «l'articolo 6 si applica alle procedure di applicazione delle misure di prevenzione nella sua parte civile, tenuto conto in particolare del loro oggetto "patrimoniale"⁶⁹, negando l'applicabilità *ratione materiae* dell'art. 6, c. 2, presunzione d'innocenza e dell'art. 7, principio di irretroattività, nonché dell'articolo 4 del Protocollo n. 7 "1. Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge ed alla procedura penale di tale Stato"»⁷⁰.

La Corte Europea ha evidenziato solo un aspetto della procedura delle misure di prevenzione patrimoniali considerato incompatibile con le garanzie del giusto processo previste dall'art. 6 CEDU, e cioè la mancanza di un'udienza pubblica⁷¹. Al di là dell'aspetto procedimentale in queste sentenze la Corte Europea mette in evidenza, però, che non è possibile «perdere di vista la posta in gioco delle procedure di prevenzione e gli effetti che sono suscettibili di produrre sulla situazione personale delle persone coinvolte. La Corte osserva che questo tipo di procedura riguarda l'applicazione della confisca di beni e capitali, cosa che direttamente e sostanzialmente coinvolge la situazione patrimoniale della persona soggetta a giurisdizione. Davanti a tale posta in gioco, non si può affermare che il controllo del pubblico non sia una condizione necessaria alla garanzia del rispetto dei diritti dell'interessato (vedere *Martinie*, prima citata, § 43 e, *à contrario*, *Jussila c. Finlandia* [GC], n. 73053/01, § 48, CEDH 2006)»⁷².

In seguito a tali pronunce la Corte Costituzionale ha infatti evidenziato l'incisività in termini di compromissione di diritti fondamentali che può assumere la confisca antimafia, affermando che le osservazioni della Corte di Strasburgo «*colgono, d'altro canto, le specifiche peculiarità del procedimento di prevenzione, che valgono a differenziarlo da un complesso di altre procedure camerali. Si tratta cioè di un procedimento all'esito del quale il giudice è chiamato ad esprimere un giudizio di merito, idoneo ad incidere in modo diretto, definitivo e sostanziale su beni dell'individuo costituzionalmente tutelati, quali la libertà personale (art. 13 Cost., comma 1) e il patrimonio (quest'ultimo, tra l'altro, aggredito in modo normalmente "massiccio" e in componenti di particolare rilievo ...), nonché la stessa libertà di iniziativa economica, incisa dalle misure anche gravemente*

66. Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Prisco c. Italia*, cit.; Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Raimondo*, cit., 16-17; Commissione eur., *Marandino*, 78; Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Madonia*, cit., § 4; Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Bocellari e Rizza*, cit., § 6; Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Riela*, cit., §§ 4 - 5; Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Arcuri*, cit., § 3.

67. Corte Cost., 23 marzo 1964, n. 23, in *Giur. cost.* 1964, 193. In tale direzione oltre alle sentenze della Corte europea citate, si veda Corte eur. dei dir. dell'uomo, 22 febbraio 1989, *Ciulla c. Italie*, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme* 1989, Série A vol. 148, 17; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 6 novembre 1980, *Guzzardi c. Italie*, *ivi* vol. 39, 37.

68. Commissione eur., *Marandino*, cit., 78; Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Andersson c. Italia*, n. 55504/00, in *www.coe.int*, 4; Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Arcuri*, cit., 4-5; Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Riela*, cit., 5-6; Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Bocellari e Rizza*, cit., 8; Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Madonia*, cit., 4.

69. Corte eur. dei dir. dell'uomo, 26 luglio 2011, *Paleari c. Italia*, n. 55772/08, § 34; Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Arcuri*, cit.; Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Riela ed altri*, cit.; Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Bocellari e Rizza*, cit.

70. Corte eur. dei dir. dell'uomo, 17 maggio 2011, *Capitani e Campanella c. Italia*, n. 24920/07, §§ 35 ss.

71. Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Bocellari e Rizza*, cit.; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 8 luglio 2008, *Perre et autres c. Italie*, n. 1905/05; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 5 gennaio 2010, *Bongiorno c. Italia*, n. 4514/07; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 2 febbraio 2010, *Leone c. Italia*, n. 30506/07; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 17 maggio 2011, *Capitani e Campanella c. Italia*, cit.; Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Paleari c. Italia*, cit.; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 26 luglio 2011, *Pozzi c. Italia*, n. 55743/08, cit. Cfr. Corte Cost., 12 marzo 2010, n. 93; Corte Cost., 7 marzo 2011, n. 80, in G.U. 13/03/2011 (<http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>), che nega la necessità dell'udienza pubblica nel ricorso in Cassazione; Cass., S.U., 25 marzo 2010, n. 13426; Cass. 17 novembre 2011, n. 7800, C. e altro, in *Dejure*.

72. Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Bocellari e Rizza*, cit.; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 8 luglio 2008, *Perre et autres*, cit.; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 5 gennaio 2010, *Bongiorno*, cit. Cfr. MAUGERI, *La conformità dell'actio in rem con il principio del mutuo riconoscimento*, cit., 187 ss.

“inabilitanti” previste a carico del soggetto cui è applicata la misura di prevenzione [...]. Il che conferisce specifico risalto alle esigenze alla cui soddisfazione il principio di pubblicità delle udienze è preordinato»⁷³.

In conclusione, però, non solo la valutazione di compatibilità con le garanzie convenzionali della confisca misura di prevenzione da parte della Corte EDU si fondava su un presupposto, la valutazione di pericolosità sociale attuale, ormai non indispensabile, ma in realtà si ritiene di poter affermare che anche prima delle recenti riforme sarebbe stato possibile per la Corte europea giungere a conclusioni diverse se avesse applicato rigorosamente i suoi criteri sostanziali, al di là della qualifica formale della confisca in esame come “misura di prevenzione”; le conclusioni della Corte EDU in materia – a parte le ultime riflessioni originate dalla questione della mancanza di udienza pubblica – si pongono in contrasto con le sue stesse elaborazioni sul concetto autonomo di “materia penale” per evidenti ragioni di politica criminale. La confisca misura di prevenzione assume infatti – e assumeva anche prima delle recenti riforme – carattere punitivo se si considera che il suo presupposto non è il pericolo della futura commissione di delitti, ma il sospetto dell'appartenenza ad un'associazione mafiosa o dello svolgimento di una condotta penalmente rilevante, anche passata, quindi, di reati che non si riescono a provare (natura dell'infrazione); che la misura non viene disapplicata con il cessare della presunta pericolosità dell'indiziato, ma è una misura definitiva, applicabile anche in caso di morte del soggetto⁷⁴ – prima in base a certi orientamenti giurisprudenziali, ora in base all'espresso dettato legislativo (art. 2 bis, c. 6 bis, l. 575/65, ora art. 18, c. 2 e 3, cod. antimafia) – o del venir meno della sua pericolosità o addirittura anche in mancanza di attualità della pericolosità (art. 2 bis, c. 6 bis, l. 575/65 ora art. 18, c. 2 e 3, cod. antimafia)⁷⁵ (natura della sanzione); che può colpire tutto il patrimonio, anche se formalmente intestato ad altri soggetti, purché nella disponibilità di fatto dell'indiziato⁷⁶ (severità della sanzione). La Corte europea dei diritti dell'uomo ha sempre negato la natura penale della confisca misura di prevenzione ex art. 2 ter l. 575/65 e, quindi, l'applicazione delle garanzie della materia penale, nell'ambito di un più generale orientamento di favore nei confronti di strumenti di c.d. confisca allargata (volti a sottrarre non solo i profitti accertati del reato, ma anche dei patrimoni accumulati nel tempo in base a meri sospetti di origine illecita) a scapito talora di un pieno rispetto delle garanzie fondamentali della materia penale e di una piena coerenza dei suoi giudizi.

In ogni caso il richiamo a stabilire la natura di una misura ed il suo eventuale carattere punitivo al di là della qualifica formale, in attuazione della nozione ampia di materia penale della giurisprudenza della Corte EDU, emerge anche nella giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana, che ha desunto dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo «il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto», da cui trae la «la necessità a fronte di ogni reazione ad un fatto criminoso che il legislatore qualifichi in termini di misura di sicurezza, di un controllo in ordine alla sua corrispondenza non solo nominale, ma anche contenutistica, alla natura spiccatamente preventiva di detti strumenti» (arrivando così a dichiarare l'incostituzionalità della confisca del veicolo in relazione al reato di guida in stato di ebbrezza, negando l'applicabilità dell'art. 200 c.p.)⁷⁷.

73. Corte Cost., 12 marzo 2010, n. 93; cfr. Corte Cost., 7 marzo 2011, n. 80, in G.U. 13/03/2011, in <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>, che nega la necessità dell'udienza pubblica nel ricorso in Cassazione; cfr. Cass., S.U., 25 marzo 2010, n. 13426, in *Dejure*.

74. Cfr. MAUGERI, *La riforma delle sanzioni patrimoniali*, cit., 129; ID., *Dalla riforma delle misure di prevenzione patrimoniali alla confisca generale dei beni contro il terrorismo*, cit., 425.

75. Cass., 14 febbraio 1997, Nobile ed altri, in *Cass. pen.*, 1997, 3170; Cass., S.U., 3 luglio 1996, Simonelli ed altri, *ivi*, 1996, 3609; Cass., 17 luglio 1995, D'Antoni, in *Riv. pen.*, 1996, 526; Cass., 2 maggio 1995, Adelfio, in *Cass. pen.*, 1996, 1601.

76. Cass., 10 novembre 1997, Faraone, in *Giust. pen.*, 1998, II, c. 512; Cass., 19 gennaio, Vernengo, in *Cass. pen.*, 1997, n. 751.

77. Corte Cost., 4 giugno 2010, n. 196, P.T., in *Foro it.*, 2010, 9, I, 2306, ha dichiarato l'incostituzionalità dell'inciso «ai sensi dell'art. 240, secondo comma del codice penale» dell'art. 186, c. 2 lett. c) d.lg. 285/1992, come modificato dall'art. 4, c. 1, lett. b, d.l. 92/08, per violazione del principio di irretroattività

La Corte deduce correttamente dalla considerazione che la confisca in esame non è equiparabile a una misura di sicurezza, in quanto non è fondata su una valutazione di attualità della pericolosità sociale, la conseguenza che non sarà più ad essa applicabile il principio di retroattività della disciplina applicabile previsto dall'art. 200 c.p.; come correttamente osservato dal ricorrente (per ammissione della Suprema Corte), «se infatti non è più richiesto – [...] – che il proposto in sede di procedimento di prevenzione sia persona socialmente (ed attualmente) pericolosa, non sembra possibile ricavare regole formali per la disciplina di quel procedimento da una norma – l'art. 200 cod. pen. – che fonda la sua ragion d'essere proprio su quell'indefettibile presupposto»: come correttamente osserva il ricorrente, «è il requisito dell'attualità della pericolosità sociale che ha permesso alla giurisprudenza, sino all'entrata in vigore della legge n. 94 del 15 luglio 2009, l'equiparazione delle misure di sicurezza e di prevenzione ai fini dell'applicabilità alle seconde della disciplina dell'art. 200 cod. pen., dettata per le prime [...]». Ed è sulla base del requisito dell'attualità della pericolosità sociale che l'art. 200 cod. pen. ha superato il vaglio della Corte Costituzionale, la quale con sentenza n. 19 del 1974 prima e con ordinanza n. 392 del 1987 poi, ha chiarito che la legittimità dell'art. 200 cod. pen. si fonda proprio su tale requisito, sicché inconferente è il richiamo alla ritenuta retroattività delle misure di sicurezza «attesa la correlazione delle misure alla pericolosità, che è situazione, per sua natura, attuale». «Nulla quaestio, in altre parole, per la coerenza rispetto al sistema normativo di un'interpretazione estensiva dell'art. 200 cod. pen., riconoscendone la portata fino a consentirne l'applicazione alle misure di prevenzione personali, il cui presupposto rimane pur sempre l'accertata pericolosità sociale del proposto, sia pure se diversamente delineata a seconda delle categorie soggettive disegnate

delle sanzioni penali ai sensi dell'art. 7 CEDU e, quindi, dell'art. 117 Cost., in quanto avrebbe consentito l'applicazione retroattiva della confisca del veicolo in relazione al reato di guida in stato di ebbrezza. La Corte anche in questo caso riconosce «una connotazione prevalentemente afflittiva, attribuendole, così, una natura «eminentemente sanzionatoria», che impedisce l'applicabilità a tale misura patrimoniale del principio generale dell'art. 200 cod. pen.»; non era sufficiente un'interpretazione adeguatrice, come in relazione all'art. 322 *ter*, proprio in virtù dell'inciso dichiarato incostituzionale. In maniera uniforme si pronunciano le Sezioni Unite della Cassazione, 25 febbraio 2010, n. 23428, Caligo, qualificando la confisca dell'autoveicolo come «sanzione penale accessoria» ed escludendo che la confisca in parola potesse invece qualificarsi come *misura di sicurezza*, come avrebbe potuto suggerire il richiamo all'art. 240 co. 2 c.p. contenuto nel secondo comma dell'art. 186 cod. strad. (a sua volta richiamato dal comma 7); tale richiamo avrebbe avuto ad avviso della Corte l'esclusivo scopo di stabilire la natura *obbligatoria* della confisca sanzione penale, con la conseguenza, imposta dall'art. 25 co. 2 Cost., del divieto di una sua applicazione retroattiva ai fatti commessi prima della sua introduzione con il «pacchetto sicurezza» del 2008. Cfr. GRASSO, *Commento all'art. 240 c.p.*, in Romano - Grasso - Padovani, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano 2011, 633. Sulla sentenza della Corte Costituzionale cfr. la nota di ABBADESSA, *Guida in stato di ebbrezza e divieto di applicazione retroattiva della confisca del veicolo* (Corte cost. n. 196/2010), in *Dir. pen. cont.*, 8 dicembre 2010, il quale evidenzia, tra l'altro, come la Corte sembra accogliere il principio del *tempus regit actum* nella sua versione forte, che consente la retroattività non solo delle modalità esecutive della misura di sicurezza, ma anche della nuova misura di sicurezza.

In seguito a queste sentenze, però, la l. 120/2010 ha qualificato espressamente la confisca per il reato di guida in stato d'ebbrezza come sanzione *amministrativa*; tale presa di posizione è stata rispettata dalla giurisprudenza maggioritaria (cfr. Cass., Sez. IV, 12 luglio 2011, n. 34459; Cass., 26 ottobre 2010, n. 41564; Cass., 14 ottobre 2010, n. 41091); cfr. GATTA - VIGANÒ, *Natura giuridica della confisca del veicolo nella riformata disciplina della guida in stato di ebbrezza e sotto l'effetto di stupefacenti: pena o sanzione amministrativa accessoria? Riflessi sostanziali e processuali*, in *Dir. pen. cont.*, 9 dicembre 2010, i quali ritengono che la nuova forma di confisca amministrativa, avente natura amministrativa, non possa essere applicata retroattivamente pena la violazione dell'art. 1 l. 689/81, e non più applicabile la confisca penale in quanto abrogata; cfr. la circolare del Ministero dell'Interno del 30 luglio 2010, prot. 300/A/10777/10/101/3/3/9, 8. In dottrina, cfr. BRICCHETTI - PISTORELLI, *Massima severità per chi rifiuta il test spirometrico*, in *Guida dir.*, n. 35, inserto; PISTORELLI, *Novità legislative: Legge 29 luglio 2010, n. 120, recante: Disposizioni in materia di sicurezza stradale*, 4, in www.cortedicassazione.it; PICCIALLI, *La confisca del veicolo in caso di rifiuto*, in *Corr. merito*, 2010, 973. Cfr. Trib. Brescia (Sez. riesame), 23 settembre 2010 (ord.), in *Dir. pen. cont.*, 23 settembre 2010, che continua ad attribuire natura penale alla confisca in esame; Trib. Avellino, 18 maggio 2011, Giud. Riccardi, *ivi*, 21 novembre 2011, continua ad attribuire natura penale alla confisca in questione; Trib. Pisa (Sez. riesame), 28 gennaio 2011, *ivi*, 28 gennaio 2011, che ritiene non applicabile retroattivamente la confisca amministrativa ai sensi dell'art. 1 l. n. 689/1981, e non più applicabile la confisca penale in quanto abrogata. Da ultimo, invece, il Tribunale di Lecce, Sez. dist. di Nardò, 10 ottobre 2011, si pronuncia sulla possibilità di applicare la «nuova» confisca amministrativa dell'autoveicolo anche a fatti commessi antecedentemente alla l. 120/2010, che ha riqualeficato la misura patrimoniale come amministrativa e non penale. Il Tribunale di Lecce, nel porsi il problema del rispetto del principio di irretroattività della sanzione penale, così come sancito in particolare dall'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), ritiene che il mutamento di qualificazione della confisca del veicolo (da penale ad amministrativa) ai sensi del diritto interno non ne muta comunque la natura sostanzialmente punitiva e quindi la riconducibilità alla nozione di «*penalty*» ai sensi dell'art. 7 CEDU, richiamando in tal senso la decisione Sud Fondi della Corte EDU. Anche nel caso della confisca dell'autoveicolo, la misura è in effetti applicata da un giudice penale, viene disposta all'esito di un procedimento penale ed è collegata all'accertamento di un reato. Il Tribunale ritiene, quindi, che l'intervento del legislatore abbia riqualeficato un istituto preesistente, modificando, per quanto riguarda la disciplina sostanziale o processuale, solo l'organo deputato all'esecuzione della misura. Cfr. PARODI, *Successione di leggi in materia di confisca del veicolo e articolo 7 CEDU*, in *Dir. pen. cont.*, 24 Gennaio 2012; DIES, *La confisca del veicolo prevista dall'art. 186, commi 2 e 7 cod. str., tra disorientamenti interpretativi e caos normativo*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 2034 s.; Id., *I primi interventi della giurisprudenza sulla riforma della guida in stato di ebbrezza e problemi di diritto transitorio*, *ivi*.

dai vari testi normativi succedutisi nel tempo (leggi nn. 1423 del 1956, 575 del 1965, 110 del 1977, 125 del 2008): ma l'accennata coerenza si smarrisce inesorabilmente nel momento in cui viene a discutersi di misure di prevenzione patrimoniali che non richiedono alcun accertamento di pericolosità nel momento della loro applicazione».

La Corte europea ha sempre negato, invece, il contrasto della normativa in esame con l'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, proprio perché ritiene che la confisca antimafia non sia una pena, ma una misura preventiva⁷⁸, come esaminato.

In tale direzione, prima della sentenza in commento, la giurisprudenza italiana ha sempre dedotto dalla natura di misura preventiva della confisca *ex art. 2 ter* l'estensione dell'ambito di applicazione di tale sanzione ai beni acquistati prima dell'entrata in vigore della legge 646/82, perché il principio di irretroattività non si applicherebbe alla confisca in questione, che colpisce i beni dell'indiziato posseduti al momento dell'applicazione della misura, allo scopo di impedirne nel futuro l'utilizzazione per la commissione di reati⁷⁹.

La Suprema Corte ha sempre ritenuto che tale disciplina non viola l'art. 2 c.p., che si riferisce alle pene inflitte per un determinato fatto-reato e non alle misure di prevenzione; tale norma di diritto penale non sarebbe violata «stante il chiaro disposto dell'art. 200 comma secondo c.p., né l'art. 25 della Costituzione, il quale non pone limiti di irretroattività alle misure di sicurezza e, quindi, stante il parallelismo tra le due categorie, nemmeno alle misure di prevenzione»⁸⁰. Sono state dichiarate infondate le relative eccezioni di illegittimità costituzionale per violazione degli art. 24, 25 e 42 della Costituzione in quanto la normativa antimafia si riferisce a beni «di cui dispone l'indiziato direttamente o indirettamente [...], nel momento di applicazione della misura in considerazione dell'attuale appartenenza del soggetto ad associazioni mafiose, delle illecite modalità di acquisizione o della riproducibilità di ricchezza inquinata all'origine, sicché anche il bene, per le dette condizioni, finisce con l'essere uno strumento di sviluppo dell'organizzazione mafiosa, dei suoi membri e quindi pericoloso anch'esso»⁸¹.

Da ultimo, come ricordato anche nella sentenza in commento, la Suprema Corte ha affermato *tout court* che è possibile applicare la nuova disciplina della confisca misura di prevenzione, introdotta con le riforme del 2008 e del 2009, retroattivamente in quanto «la confisca non ha natura di pena *sui generis* o di pena accessoria, ma di misura di sicurezza; con la conseguenza che ad essa non si applica il principio di irretroattività della legge penale, sancito dall'art. 2 c.p. e art. 25 Cost., ma quello della legge vigente al momento della decisione, fissato dall'art. 200 c.p.»⁸² (ne consegue che «la richiesta di

78. Commissione eur., *Marandino*, cit., 78; Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Raimondo*, cit.; Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Bocellari*, cit., 10; Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Madonia*, cit., 4; Cfr. sull'argomento MAUGERI, *op. cit.*, 532 ss.

79. Cass., 12 maggio 1986, Oliveri, in *Riv. pen.*, 1987, m. 499; Cass., 4 gennaio 1985, Pipitone, in *Cass. pen.*, 1986, 378; Cass., 7 agosto 1984, Aquilino, in *Foro it.*, 1987, c. 273, con nota favorevole di FIANDACA; conforme LA BRUNA - TROVATO, *op. cit.*, 372; CENICCOLA, *Le misure patrimoniali antimafia nell'esperienza applicativa*, in *Giur. mer.*, 1985, 1253 ss.; MOLINARI - PAPADIA, *op. cit.*, 579; CASSANO, *Misure di prevenzione patrimoniali e amministrazione dei beni*, Milano, 1998, 178; MOLINARI, voce *Misure di prevenzione*, in *Enc. del dir. Aggiorn.*, vol. II, Varese, 1998, 579.

80. Cass., 17 maggio 1984, Sibilìa, in *Giust. pen.*, 1985, III, c. 95; Cass., 30 gennaio 1985, Piraino, in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1986, 2030; Cass., 24 novembre 1986, Bontade, *ivi*, 1988, 926; Cass., 9 dicembre 1986, Piccolo, in *Giust. pen.*, 1988, c. 8; Cass., 11 febbraio 1987, n. 50, Gambino, *Rv.* 175089; Cass., 16 febbraio 1987, Cirillo, in *Cass. pen.*, 1988, 926; Cass., 19 settembre 1988, Inchiappa, *Rv.* 179305; Cass., 17 novembre 1989, Nuvoletta ed altri, in *Giust. pen.*, 1991, III, c. 354; Cass., 20 agosto 1992, Vadalà, in *Cass. pen.*, 1993, 2092; Cass., 29 settembre 1995, Trischitta, n. 203314; Cass. 3 ottobre 1996, Sibilìa, *Rv.* 207140; Cass. 19 maggio 1999, Musliu, *ivi*, n. 213941; Cass. 12 gennaio 2000, Castellazzi, *Rv.* 215362; Cass., Sez. I, 19 maggio 2000, Carrozzo, *ivi*, n. 216185; Cass., S.U., 30 maggio 2001, Derouach, in *Foro it.*, 2001, II, 502-504; Cass. 30 maggio 2001, Penasse, in *Dir. pen. e proc.*, 2001, 1375; Cass. 5 aprile 2002, n. 18517, Stangolini, in *Cass. pen.*, 2003, 1895.

81. Cass., 18 maggio 1992, Vincenti ed altri, in *Cass. pen.*, 1993, 2377; Cass., 15 febbraio 1989, Angiollieri, *ivi*, 1990, 673; Cass., 13 febbraio 1989, Risicato ed altro, in *Giust. pen.*, 1990, III, c. 457; Cass., 2 aprile 1987, Greco ed altri, in *Cass. pen.*, 1987, 2214; Cass., 12 maggio 1986, Oliveri, in *Riv. pen.*, 1987, m. 499; Cass., 3 febbraio 1986, Pullarà, in *Cass. pen.*, 1987, 814; Cass., 30 gennaio 1985, Piraino, in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1986, 2030; Cass., 4 gennaio 1985, Pipitone, in *Cass. pen.*, 1986, 378; Cass., 7 agosto 1984, Aquilino, in *Foro it.*, 1987, c. 273, con nota di FIANDACA; conforme LA BRUNA - TROVATO, *op. cit.*, 372. In materia NICOSIA, *op. cit.*, 163 ss.; VERGINE, *Confisca e sequestro per equivalente*, Milano, 2009, 60 ss.

82. Cass., 20 gennaio 2010, n. 11006; Cass., 26 maggio 2009, n. 26751; Cass., 28 febbraio 1995, n. 775; cfr. su tale questione MAUGERI, *La lotta contro l'accumulazione*, cit., 552; ID., *Profili di legittimità costituzionale delle sanzioni patrimoniali (prima e dopo la riforma introdotta dal decr. n. 92/2008): la giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Suprema Corte*, in Cassano (a cura di), *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il "pacchetto sicurezza"*, cit., 112 ss.

revoca *ex tunc* della confisca disposta nel procedimento di prevenzione deve essere esaminata in riferimento alla legge vigente al momento della decisione, sicché, entrato in vigore il d.l. 92 del 2008, conv. dalla legge n. 125 del 2008, il mantenimento della misura patrimoniale è reso legittimo dalla pericolosità generica del soggetto, connessa alla sua appartenenza alle categorie previste dall'art. 1 nn. 1 e 2 della legge 27 dicembre 1956 n. 1423, ancorché sia stata esclusa la sua pericolosità qualificata ai sensi dell'art. 1 della legge 31 maggio 1965 n. 575 (Rv 244790)»⁸³.

Più in generale, in relazione alle misure di sicurezza la Corte Costituzionale ha reputato non in contrasto con la Carta costituzionale e segnatamente con il principio di irretroattività sancito dall'art. 25 la diversa regola dettata dall'art. 200 c.p., facendo essenzialmente leva sul necessario collegamento che deve sussistere tra la misura di sicurezza e la condizione di pericolosità, la quale ultima si fonda su una situazione per sua natura attuale⁸⁴.

In dottrina si è tentato di restringere la portata del principio di retroattività delle misure di sicurezza alle modalità di esecuzione delle misure, in quanto proprio la *ratio* di garanzia dell'art. 25 Cost. escluderebbe non solo che possa applicarsi una misura di sicurezza per un fatto che al momento della commissione non costituiva reato, ma anche che possa applicarsi una misura originariamente non prevista (o diversa da quella originariamente prevista)⁸⁵. L'art. 2 c.p. sarebbe applicabile anche alle misure di sicurezza, regolando "tutta la materia della successione delle leggi penali", con la conseguenza che possono essere applicate eventuali leggi sopravvenute solo in relazione alle modalità esecutive, che non si rivelano dannose per il reo⁸⁶. Questo apprezzabile tentativo di ricondurre la disciplina delle misure di sicurezza al pieno rispetto del principio di legalità sembra, però, andare al di là di quanto consenta la lettera della legge. L'art. 2 c.p. non può essere applicato alle misure di sicurezza, la cui terminologia, in particolare l'uso del verbo "punire", si riferisce chiaramente solo alle pene; e del resto l'art. 55 disp. coord. tr. c.p. ha disposto espressamente l'applicazione delle misure di sicurezza previste dal codice ai soggetti condannati dopo la sua entrata in vigore per "fatti anteriormente commessi". Il principio di legalità, previsto dall'art. 25, comma 3 della Costituzione, si limita, infatti, a richiedere che si applichino le misure di sicurezza solo "nei casi" previsti dalla legge, e cioè, ai sensi dell'art. 202 c.p., a "fatti preveduti dalla legge come reato". E un tale presupposto, ai sensi dell'art. 25, comma 2 della Costituzione, è legato al principio di irretroattività. Ne consegue che il principio di legalità impedisce esclusivamente l'applicazione delle misure di sicurezza a fatti, che, nel momento della loro realizzazione, non costituivano reato, ma non impedisce l'applicazione di una misura di sicurezza non prevista al momento della commissione del fatto, o diversa da quella originariamente prevista, o disciplinata in modo diverso⁸⁷.

Questo risultato può essere, però, conseguito attraverso l'applicazione dell'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁸⁸, che impone il principio di irretroattività

83. In questo caso si ritiene che «in materia di revoca *ex tunc* della confisca [...], se per la peculiarità dello scrutinio di revisione la verifica dell'accertamento della pericolosità resta ancorata al riferimento temporale costituito dalla data di originaria applicazione della misura di prevenzione patrimoniale, tuttavia – sul piano normativo – deve aversi riguardo alla legge vigente al momento della decisione sulla richiesta di revoca».

84. Corte Cost., 29 maggio 1968, in *Giur. Cost.*, 1968, 802; Corte Cost., n. 19 del 1979, in *Foro it.*, 1974, I, 603; Corte Cost., 12 novembre 1987, n. 392, in *Giur. cost.*, 1987, I, 2792.

85. Così PAGLIARO, *Principi di diritto penale - Parte generale*, Milano, 2003, 120 ss.; FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale - Parte generale*, Bologna 2010, 822; MARINUCCI - DOLCINI, *Manuale di Diritto penale*, Milano, 2012, 73 ss.; ID., *Corso di Diritto penale*, Milano, 2001, 259; PALAZZO, *Corso di Diritto Penale - Parte Generale*, IV ed., Torino, 2011, 580; cfr. PATRONO, *Art. 200*, in Crespi - Forti - Zuccalà, *Commentario breve del codice penale*, V, Padova, 2008, 570 ss.; VASSALLI, *Nullum crimen sine lege*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XI, Torino, 1965, 503.

86. ALESSANDRI, voce *Confisca nel diritto penale*, cit., 44.

87. GRASSO, *Commento all'art. 200 c.p.*, in Romano - Grasso - Padovani, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 455 ss.; cfr. Padovani (a cura di), con il coordinamento di G. De Francesco - Fidelbo, *Art. 200*, in *Codice penale*, Tomo I, V ed., Milano, 1484 ss.; MONTEVERDE - ZAVATARELLI, *Art. 200 c.p.*, in Dolcini - Marinucci (a cura di), *Codice penale commentato*, cit., 2185 ss.

88. Cfr. BERNARDI, *Art. 7* ("Nessuna pena senza legge"), in Bartole - Conforti - Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 261 ss.; NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale sostanziale*, Torino, 2006, 56; DE AMICIS - VILLONI, *Mandato d'arresto europeo e legalità penale nell'interpretazione della Corte di Giustizia*, in *Cass. Pen.*, 2008, 404;

della legge penale, sia nel senso di impedire la punibilità di fatti, che nel momento della loro realizzazione non erano previsti come reato, sia nel senso di impedire l'applicazione di sanzioni penali più gravi di quelle che sarebbero state applicate al tempo in cui il reato è stato commesso⁸⁹. Tale garanzia si estende, come esaminato, non solo nei confronti delle sanzioni qualificate come "pene" dalla legge interna, ma in relazione a qualunque sanzione, che in base ad un'interpretazione sostanzialistica della Corte EDU, presenta un contenuto e delle finalità corrispondenti a quelle di una sanzione penale (rientri nel concetto di "materia penale" ex art. 6 Convenzione)⁹⁰. Ne consegue che tale principio sarà applicabile anche alle misure di sicurezza, che, previste nell'ordinamento italiano come "forme di reazione al reato", presentano un indubbio contenuto afflittivo e finiscono per assolvere finalità non solo di prevenzione speciale, ma anche di prevenzione generale. Una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 200 c.p. impone, oggi, allora una simile interpretazione, altrimenti dovrebbe essere mossa la questione di legittimità costituzionale con riferimento all'art. 7 CEDU (quale norma interposta) e all'attuale art. 117 Cost.⁹¹. La Corte Costituzionale, come accennato, non è arrivata a riconoscere il carattere punitivo delle misure di sicurezza e la conseguente applicabilità del principio di irretroattività a tutte le misure di sicurezza, però, in un caso specifico in base alla nozione sostanzialistica della materia penale della Corte EDU ha dichiarato l'incostituzionalità della disciplina della confisca del veicolo in relazione al reato di guida in stato di ebbrezza (186, c. 2 lett. c) d.lg. 285/1992, come modificato dall'art. 4, c. 1, lett. b, d.l. 92/08), nella parte in cui se ne consentiva l'applicazione retroattiva ex art. 200 c.p., per violazione del principio di irretroattività delle sanzioni penali ai sensi dell'art. 7 CEDU e, quindi, dell'art. 117 Cost.⁹².

E tali conclusioni si possono e si potevano estendere alle misure preventive, non solo perché possono essere considerate sanzioni punitive ai sensi dell'art. 6 della Convenzione, ma anche perché la distinzione tra misure preventive *ante delictum* e misure *post delictum* ha perso di rilevanza quando si osserva che le c.d. misure preventive *ante delictum* sono applicate anche in seguito alla consumazione di reati, anzi ne presuppongono la consumazione, a partire dall'ipotesi qualificata base e cioè l'esistenza dell'associazione criminale e l'appartenenza ad essa. Sembra, inoltre, difficilmente compatibile con i principi di uno Stato democratico consentire al legislatore di introdurre delle misure sostanzialmente limitative di diritti fondamentali, come le misure preventive, anche in relazione a fatti commessi prima della loro introduzione; la misura di prevenzione potrebbe essere utilizzata dal legislatore, spesso sottoposto alla pressione dell'opinione pubblica, come un agile strumento di intervento e di repressione in relazione a fatti pregressi.

In maniera più garantistica il legislatore tedesco ha sottoposto al principio di irretroattività anche l'*Erweiterter Verfall*, destinato a colpire i profitti di origine sospetta⁹³, che non costituisce una *Strafe* ma una *Maßnahme* ai sensi dei §§ 11 comma 1, n. 8, e 61 StGB⁹⁴.

Un diverso e preferibile orientamento è adottato dalla Corte EDU nell'affare *Welch v. United Kingdom*, che ha precisato che il *confiscation* – considerato come "pena" nella sentenza in questione – non viola l'art. 7 della Convenzione europea dei diritti

PRADEL - CORSTENS, *Droit pénal européen*, Paris, 1999, 315 ss.; MANES, *op. cit.*, 272 ss.

89. Cfr. GRASSO, *Commento all'art. 200 c.p.*, in Romano - Grasso - Padovani, *Commentario sistematico del codice penale*, III, Milano, 2011, 455 ss.-458; cfr. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 303 ss., il quale ritiene l'applicazione retroattiva rispondente ad un criterio di emergenza e necessità in contrasto con il principio di legalità.

90. Cfr. GRASSO, *Commento all'art. 200 c.p.*, *op. cit.*, 455 ss.; VIGANÒ, *Il diritto penale sostanziale italiano davanti ai giudici della CEDU*, in *Giur. mer.*, 2008, 52 ss.; GATTA, *Disposizioni penali del codice della strada*, in Mazza - Viganò, *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, cit., 114.

91. Cfr. GRASSO, *Commento all'art. 200 c.p.*, cit., 461; cfr. ZAINI - TIANI, in Dolcini - Marinucci (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2012, 2398 s.

92. Corte Cost., 4 giugno 2010, n. 196, in *Foro it.*, 2010, 9, I, 2306; su tale vicenda si veda *supra* nota 75.

93. BGH, 20 settembre 1995, 3 StR 267/95 (LG Krefeld), in *NJW* 1996, 136; BGH, 19 novembre 1993, 2 StR 468/93 (LG Köln), in *NStZ* 1994, 123; BGH, 27 aprile 2001, 3 StR 132101 (LG Itzehoe), in *NStZ* 2001, 419.

94. BVerfG, 14. 1. 2004 - 2 BvR 564/95, § 58 ss., cfr. § 70 - 72.

dell'uomo, laddove consente la confisca di profitti derivanti da reati commessi prima dell'entrata in vigore del *Drug Trafficking Offences Act* del 1986 (entrato in vigore il 12 gennaio del 1987), purché l'ordine di confisca sia pronunciato in relazione ad un reato commesso dopo l'entrata in vigore dell'Atto; se non si vuole violare l'art. 7, che vieta di far conseguire ad un reato delle conseguenze più gravi di quelle previste al tempo della sua consumazione, nel momento in cui si consuma il reato, afferma la Corte, il reo deve avere «gli occhi aperti in relazione alle possibili conseguenze che possono derivarne, in questo caso la confisca anche dei profitti provenienti da precedenti reati»⁹⁵. Il divieto dell'art. 7, precisa la Corte europea dei diritti dell'uomo, «concerne solo l'applicazione retroattiva della legislazione rilevante e non viene in questione in relazione al potere di confisca conferito alle corti come arma nella battaglia contro il flagello del traffico di droga»⁹⁶.

La Suprema Corte italiana ha negato che si possa trarre dalla sentenza *Welch* un argomento per sostenere l'irretroattività della confisca allargata ex art. 12 *sexies* l. 356/92, – che continua ad essere applicata retroattivamente essendo considerata una misura di sicurezza, cui applicare l'art. 200 c.p. –, evidenziando l'«assoluta incompatibilità degli istituti posti a confronto (la confisca prevista dalla legislazione sugli stupefacenti del Regno Unito, oggetto della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo [...] e, dall'altro lato, la confisca – ed il sequestro preventivo – previsti dall'art. 12 *sexies* d.l. n. 306 del 1992)»⁹⁷. In realtà il principio di diritto espresso dalla decisione *Welch* dovrebbe valere per tutte le forme di confisca allargata dei profitti, ma la Suprema Corte ha ritenuto più funzionale alle sue esigenze di efficienza non prendere in considerazione la garanzia riconosciuta dall'art. 7 della Convenzione.

Prima della sentenza in esame, del resto, nel nostro ordinamento si determinava l'assurdità per cui si applicava il principio di irretroattività alla confisca per equivalente, che si dovrebbe limitare a sottrarre l'illecito profitto accertato anche se in forma equivalente, rimanendo, quindi, una forma di riequilibrio economico e non una pena (tranne laddove se ne faccia un uso spropositato da parte della giurisprudenza in contrasto con il principio di legalità e di proporzione⁹⁸), mentre non si applicherebbe il principio di irretroattività a quella forma di confisca «allargata» rappresentata dalla confisca misura di prevenzione, che può assumere carattere punitivo laddove colpisce tutti i cespiti patrimoniali di sospetta origine illecita.

Si deve ricordare, infatti, che, superando un contrario orientamento⁹⁹, la Suprema Corte ha applicato il principio di irretroattività, ex art. 25, c. 2 Cost., alla confisca per equivalente introdotta dall'art. 1, c. 143, della l. n. 244/2007, che estende la disciplina dell'art. 322 *ter* c.p. ai reati tributari contemplati dal D. Lgs. n. 74 del 2000, ritenendo inapplicabile a tale fattispecie l'art. 200 c.p. in considerazione «della natura eminentemente sanzionatoria dell'eccezionale istituto qui in esame»¹⁰⁰. Tale orientamento è stato,

95. Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Welch v. United Kingdom*, 9 febbraio 1995 (1/1994/448/527), in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme* 1995, Série A, vol. 307, 1 ss. (*Leg. pen.* 1995, 522); *conforme* Court of Appeal, 23 novembre 1995 (dep. 1 dicembre 1995), Ronald James Murphy Taylor, in 2 *Cr.ApR.* 1996, 64 ss.

96. Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Welch*, *cit.*.

97. Cass., 28 gennaio 2003, Scuto e altri, in *Foro it.*, 2003, II, 514.

98. Si veda *infra* nota 115.

99. Già l'art. 15 della l. 300/2000 aveva espressamente previsto l'irretroattività della confisca introdotta dall'art. 3 della stessa legge in relazione ai reati contro la pubblica amministrazione (art. 322 *ter* c.p.); ma la Cassazione aveva stabilito che il divieto di applicazione retroattiva fosse valido solo per i nuovi delitti previsti dall'art. 322 *bis* (introdotta dal I comma della legge 300) – peculato, concussione, corruzione e istigazione alla corruzione di membri degli organi delle Comunità europee e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri – mentre per le fattispecie criminose precedenti si sarebbe dovuta applicare anche a fatti commessi anteriormente all'entrata in vigore della nuova forma di confisca Cass. 3 giugno 2001, Curtò, in *Cass. pen.*, 2002, 581; anche in relazione alla confisca prevista dall'art. 335 *bis*, introdotta dall'art. 6 della legge 97/2001, l'art. 10 della stessa legge prevede che le sanzioni patrimoniali non si applicano ai procedimenti in corso, ma la giurisprudenza si è pronunciata per la sua retroattività Cass. 3 giugno 2001, Curtò, in *Cass. pen.*, 2002, 581; cfr. Corte cost. 27 luglio 2002, n. 394 e 24 giugno 2004, n. 186.

100. Cass. 8 maggio 2008, n. 21566, Pulzella, in *Dejure*; conformi Cass., 5 giugno 2008, n. 28685, *ivi*; Cass. 24 settembre 2008, n. 39172, Canisto, *ivi*. Cfr. Cass., Sez. VI, 6 dicembre 2012 (dep. 29 aprile 2013), n. 18799, che esclude l'applicabilità della confisca per equivalente in seguito alla prescrizione in considerazione della natura sanzionatoria di una tale forma di confisca.

poi, solennemente sancito dalla Corte Costituzionale che ha rigettato la questione di legittimità costituzionale dell'artt. 200, 322 *ter* c.p. e l. c. 143, della l. n. 244/2007, per violazione dell'art. 117 Cost. a causa del contrasto con l'art. 7 CEDU, in quanto ha ritenuto che in virtù della natura punitiva della confisca per equivalente il divieto di applicazione retroattiva discende dall'art. 25, c. 2 Cost. e dalla giurisprudenza della CEDU in relazione all'art. 7¹⁰¹.

La Suprema Corte, nella sentenza Barilari, ha conseguentemente applicato tale principio anche alla confisca per equivalente della confisca misura di prevenzione: «la confisca per equivalente – prevista dal comma decimo dell'art. 2-*ter* della l. n. 575 del 1965, così come novellato dall'art. 10, comma primo, lett. d), n. 4 del d.l. n. 92 del 2008, conv. in legge n. 125 del 2008 – assume i tratti distintivi di una vera e propria sanzione, tale da impedire l'applicabilità ad essa del principio generale della retroattività delle misure di sicurezza, sancito dall'art. 200 cod. pen.»¹⁰².

4.1

LA DIFFICOLTÀ DI APPLICARE IL PRINCIPIO DI IRRETROATTIVITÀ E CONSEGUENZE PER LE FINALITÀ POLITICO CRIMINALI DELLA RIFORMA

Il problema che, però, rimane è che è insito nella disciplina e natura delle misure di prevenzione è determinato dalla difficoltà di stabilire rispetto a quale momento si deve applicare il principio di irretroattività, mancando una condanna per uno specifico reato, per un fatto che deve essere previsto come reato da una legge vigente al momento della sua commissione; in relazione alla confisca *ex* art. 12 *sexies* l. 356/92 sarebbe semplice perché, come affermato nella sentenza *Welch* della Corte EDU, sarebbe possibile confiscare i cespiti patrimoniali la cui origine illecita è risalente, ma in ogni caso il reato oggetto di condanna deve essere successivo alla sua introduzione.

Solo in alcuni casi concreti, invece, la confisca viene applicata in seguito ad una condanna in sede penale, come una sorta di procedimento patrimoniale sussidiario al procedimento penale. Il problema che si pone è determinato dal fatto che con le misure preventive non si colpiscono fatti determinati, ma meri sospetti di appartenenza ad un'associazione criminale o di consumazione di altri reati, o di essere in essi coinvolti in quanto dediti a traffici delittuosi o indiziati di vivere, almeno in parte, con il provento del crimine: è quindi possibile per questa via fare riferimento a comportamenti anteriori all'introduzione delle misure di prevenzione o alla nuova disciplina, in quanto valutati come meri elementi indiziari di un'attuale appartenenza ad associazioni mafiose o di attività criminale¹⁰³; anche nella sentenza in commento si afferma che «*se si deve esprimere un giudizio di pericolosità sociale nei confronti del proposto, è necessario che questo intervenga al momento della decisione, anche se le ragioni fondanti il giudizio vengano ad essere desunte da comportamenti e fatti risalenti nel tempo*»¹⁰⁴. Tale pericolo è ormai conclamato dalla riforma legislativa che, sganciando le misure patrimoniali dalle personali, non pretende più l'attualità della pericolosità, per cui le condotte che fondano la confisca nel senso di fare rientrare il proposto tra i destinatari delle misure di prevenzione possono essere comportamenti assolutamente remoti, per i quali il soggetto è stato indiziato (sottoposto a misura di prevenzione personale) o imputato (o condannato o anche assolto¹⁰⁵), e che lo hanno definitivamente «stigmatizzato» come «pericoloso», anche se non più attualmente, ai fini dell'applicazione della misura patrimoniale, purché si accerti il carattere sproporzionato o l'origine illecita dei beni, trasformando

101. Corte Cost., 2 aprile 2009, n. 97, S.B., in *Giur. cost.*, 2009, 2, 984; Corte Cost., 20 novembre 2009, n. 301, in *Dejure*. Cfr. CORSO, *La confisca "per equivalente" non è retroattiva*, in *Corr. Trib.*, 2009, 1775.

102. Cass., Sez. I, 28 febbraio 2012, Barilari, n. 11768, Rv. 252297.

103. Si propone, quindi, in dottrina per «smussare», senza aver la pretesa di eliminare il conflitto con i principi costituzionali, di limitare l'applicazione della confisca in questione ai beni che hanno una comprovata origine illecita e solo se continua o comunque è attualmente destinato ad usi o servizi di fattivo vantaggio per l'organizzazione mafiosa, così MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 303 ss. Cfr. Cass., 2 marzo 1995, Pepe, in *Riv. pen.*, 1995, 1532.

104. Cass., Sez. V, 13 novembre 2012, n. 14044, O., cit., 11.

105. Da ultimo Cass., 15 gennaio 2013, n. 11979, G.P., in *Dir. e Giustizia*, 15 marzo 2013.

il procedimento di prevenzione patrimoniale in una sorta di *actio in rem* che consente di colpire il patrimonio di origine illecita, indipendentemente dal momento in cui sono stati realizzati i reati fonte.

Nella sentenza in esame ai fini dell'applicazione del principio di irretroattività si fa riferimento alla data della "condanna" che rappresenta in questo caso il presupposto che consente di fare rientrare il proposto tra i destinatari della misura di prevenzione patrimoniale: «In ogni caso, anche laddove si fosse inteso aderire ad una contraria esegesi, il Tribunale rilevava che la condanna riportata dall'Occhipinti era stata pronunciata in epoca antecedente rispetto alle novelle anzidette, con la conseguente non applicabilità delle norme oggetto di riforma in relazione all'art. 166 cod. pen., avente natura sostanziale».

Più in generale nella sentenza si fa riferimento alle «condotte che si assumono fondare l'adozione della misura medesima»: «Ne conseguirebbe, pertanto, l'impossibilità di applicare alla fattispecie concreta le norme vigenti al momento del provvedimento dispositivo della misura di prevenzione, bensì quelle in vigore all'epoca delle condotte che si assumono fondare l'adozione della misura medesima: ciò non solo in base al disposto di cui all'art. 2 cod. pen., avendo la novella del 2009 comportato quanto meno una "modifica mediata di una norma di diritto sostanziale quale è l'art. 166 cod. pen.", ma anche in virtù del principio generale sancito dall'art. 11 delle c.d. "preleggi", norma che non consente ad una legge di avere effetto retroattivo».

Emerge che l'accoglimento del principio di irretroattività delimiterà la portata della riforma del 2008 e del 2009 che sgancia l'applicazione delle misure personali dalle patrimoniali e non chiede più l'attualità della pericolosità proprio al fine di consentire la confisca di cespiti patrimoniali la cui origine illecita sia risalente nel tempo e anche in mancanza di quella continuità di attività criminale (e di sussistenza di indizi), che fonderebbe il giudizio di attualità della pericolosità sociale. La riforma si potrà applicare pienamente, consentendo di sganciare le misure personali dalle patrimoniali, solo laddove le "condotte" che consentono di fare rientrare il proposto tra i destinatari delle misure patrimoniali (ai sensi dell'art. 1 l. 575/65 o 19 l. 152/75 – che richiama la l. 1423/56 –, o dell'art. 16, 4 e 1 del codice antimafia), in caso di morte o di mancanza di attualità della pericolosità, siano successive all'introduzione della riforma: siano esse, ad esempio, le condotte che fondano gli indizi di appartenenza alle associazioni di cui all'articolo 416-bis c.p., o di uno dei reati previsti dall'articolo 51, c. 3 bis, c.p.p. ovvero del delitto di cui all'articolo 12-*quinqies*, c. 1, del d.l. 8 giugno 1992, n. 306; o siano esse le condotte che fondano gli indizi di essere dediti a traffici delittuosi o di vivere con il provento del crimine, o di essere dediti alla commissione dei reati contro i minorenni, [...] (art. 1 cod. antimafia); o siano esse gli *atti preparatori* di cui all'art. 4, n. 1, l. d) o f) del codice antimafia o le *condotte* che fondano la convinzione che i proposti continuino a svolgere condotte analoghe a quelle oggetto di condanna (partecipazione ad associazioni politiche disciolte ai sensi della legge 20 giugno 1952, n. 645, o atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti alla ricostituzione del partito fascista).

Si compromette, almeno temporaneamente, lo scopo della riforma che è quello di consentire la confisca del patrimonio di origine illecita in qualunque momento, indipendentemente dall'applicabilità delle misure personali, come emerge anche dai lavori preparatori del decr. n. 92/2008, al fine di contrastare più efficacemente la criminalità organizzata: «incidendo su uno degli elementi sui quali la stessa è maggiormente vulnerabile, l'intervento consiste nel passaggio da un approccio incentrato sulla "pericolosità del soggetto" a una visione imperniata sulla formazione illecita del bene che, una volta reimmesso nel circuito economico, è in grado di alterare il sistema legale di circolazione della ricchezza, minando così alla radice le fondamenta di una economia di mercato». La riforma concretizza l'idea affermata nella "Relazione sullo stato di attuazione della normativa e delle prassi applicative in materia di sequestro, confisca e destinazione dei

beni alla criminalità organizzata” della Commissione Antimafia del 2007¹⁰⁶, che occorre «prevenire che provvedimenti modificativi della misura di prevenzione concernente il soggetto travolgano le misure patrimoniali», una volta che sia stata accertata la provenienza illecita, in quanto proprio «in ragione di tale accertata illecita provenienza [i beni] sono dotati di una perdurante pericolosità e di un insito potere destabilizzante per l'economia lecita. [...] In sintesi, si immagina una sorta di “perdurante illiceità dei beni” strettamente connessa alla formazione degli stessi».

L'applicazione del principio di irretroattività dovrebbe delimitare l'affermarsi della nozione di “pericolosità intrinseca del patrimonio di origine illecita” che già trapelava nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, che anche quando riteneva la confisca antimafia conforme ai diritti costituzionali previsti dagli artt. 41 e 42 Cost. in virtù della pericolosità personale¹⁰⁷, tuttavia evidenziava una sorta di processo di superamento del nesso di presupposizione necessaria tra le misure personali e quelle patrimoniali, sottolineando, come esaminato, che la “ratio” della confisca «comprende ma eccede quella delle misure di prevenzione consistendo nel sottrarre definitivamente il bene al “circuito economico” di origine [...]»¹⁰⁸; o l'applicazione del principio di irretroattività dovrebbe delimitare l'affermarsi della nozione di pericolosità intrinseca che emergeva dalla giurisprudenza della Suprema Corte che ammetteva la non caducazione della misura già disposta per effetto del decesso del soggetto prima della definitività del relativo provvedimento in quanto la ratio della confisca, a differenza di quella delle misure di prevenzione in senso proprio, va al di là dell'esigenza di prevenzione nei confronti di determinati soggetti pericolosi e sorregge dunque la misura anche oltre la permanenza in vita del soggetto pericoloso: lo scopo della misura preventiva è, infatti, quello di eliminare l'utile economico proveniente dall'attività criminosa e tale finalità resterebbe frustrata se i familiari o gli eventuali prestanome della persona affiliata ad organizzazioni criminali potessero riacquistare la disponibilità dei beni confiscati in seguito alla morte della persona socialmente pericolosa¹⁰⁹.

Tale nozione di pericolosità reale, del resto, sta alla base dell'introduzione della confisca ex art. 3 *quinquies* l. 575/65 (oggi contemplata dall'art. 34, n. 7 del codice antimafia) con la quale, profilando un provvedimento *in rem* e non *in personam*, si consente di colpire i patrimoni in qualche modo connessi con attività criminali, indipendentemente dall'accertamento delle responsabilità dei proprietari. La giurisprudenza in relazione all'art. 3 *quinquies* ha individuato lo scopo della normativa in esame nell'urgente necessità di «frenare, un fenomeno ben noto da tempo e derivante dall'esigenza delle associazioni mafiose di riciclare le consistenti disponibilità finanziarie provenienti dalle attività illecite alle quali esse sono dedite»¹¹⁰; prevedendo la confiscabilità, in pregiudizio di soggetti estranei all'organizzazione criminale, di beni che si ha motivo di ritenere essere provenienti da attività illecite, si è aderito a «quella giurisprudenza la quale ha ravvisato nei beni aventi la detta origine uno strumento di sviluppo dell'organizzazione mafiosa o di taluni dei suoi membri e, quindi, una pericolosità intrinseca (v. Cass.

106. “Relazione sullo stato di attuazione della normativa e delle prassi applicative in materia di sequestro, confisca e destinazione dei beni alla criminalità organizzata”, elaborata dalla Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della criminalità organizzata mafiosa o similare, approvata dalla Commissione nella seduta del 27 novembre 2007 e trasmessa alle Presidenze delle Camere il 28 novembre 2007, Doc. XXIII n. 3.

107. La confisca è rivolta non ai beni di provenienza illegittima come tali, ma in quanto posseduti da persone ritenute pericolose, in quanto «la pericolosità del bene è considerata dalla legge derivare dalla pericolosità della persona che ne può disporre».

108. Corte Cost., 8 ottobre 1996, n. 335, in *Foro it.*, 1997, I, 24.

109. Cass., 17 luglio 1995, D'Antoni, in *Riv. pen.*, 1996, 526; conformi Cass. 11 giugno 2008, n. 25676; Cass. 4 luglio (28 agosto) 2007, Richichi M.A. ed altri, n. 33479, in *Dejure*; Cass. 18 aprile 2007, n. 19761, *ivi*; Cass. 15 giugno (22 luglio) 2005, n. 27433, Libri, Rv. 231755; Cass. 9 marzo (16 maggio) 2006, David ed altri, n. 16721, in *Dejure*; Cass. 10 marzo (4 aprile) 2005, Bellino ed altri, n. 12529, *ivi*; Cass. 14 gennaio (17 febbraio) 2005, Andronico ed altri, n. 6160, Rv. 231775 e in *Cass. pen.* 2006, 1909; Cass. 31 gennaio 2005, Bruno, 231873, in *Guida al dir.*, 2005, n. 25, 55; Cass. 16 gennaio 2002, Di Marco, m. 221556, in *Dejure*; Cass. 22 settembre 1999, Calamia, in *Cass. pen.*, 2000, 1410; Cass. 14 aprile 1999, Fici, *ivi*, 2000, 1411; Cass. 3 febbraio 1999, Cianchetta, *ivi*, 2000, 1408; Cass. 24 novembre 1998, Marchese, *ivi*, 1999, 3558; Cass. 14 febbraio 1997, Nobile ed altri, *ivi*, 1997, 3170; Cass., S.U., 3 luglio 1996, Simonelli ed altri, *ivi*, 1996, 3609, in cui si evidenzia che «il decesso [...] potrebbe essere deliberatamente perseguito da terzi proprio al fine di riciclare i beni».

110. Corte di Appello Palermo, decreto 1° ottobre 1996, Tre Noci s.r.l. ed altri, in *Cass. pen.*, 1997, 2257.

5 IL CONFRONTO CON LA CONFISCA PER EQUIVALENTE

5-8-1992, n. 2186) che determina una sorta di utilità pubblica all'espropriazione di essi ed alla restituzione alla collettività di quanto è stato ad essa sottratto e mascherato in forma di attività lecita (in tal senso, C 7-5-1993, n. 704)¹¹¹; si è così «avallato il nuovo indirizzo normativo che ha ormai eliminato il principio della necessità dello stretto collegamento tra la cosa ritenuta pericolosa e la persona che deve subire il provvedimento sanzionatorio»¹¹².

Queste considerazioni fanno emergere qualche dubbio circa la possibilità che la giurisprudenza della Suprema Corte faccia proprio l'orientamento espresso in questa sentenza circa la natura punitiva della confisca antimafia e la conseguente applicazione del principio di irretroattività.

Rimane, poi, sempre un'ipotesi in cui sembra che il cammino verso l'*actio in rem* è compiuto e sarà comunque difficile applicare il principio di irretroattività: la confisca dei beni in capo a soggetti indiziati di vivere con il provento del crimine, soggetti a pericolosità generica (*ex art. 19 l. 152/75*, nonché *art. 1* del codice antimafia, richiamato dall'*art. 4*, a sua volta richiamato dall'*art. 16*), ipotesi già criticata in altra sede¹¹³; in questo caso, infatti, anche se non si riescono a fornire gli indizi di appartenenza all'organizzazione criminale o di consumazione dei crimini previsti dall'*art. 51 c. 3 bis* (o *12 quinquies* *decr. l. 306/92*), sarà sempre possibile applicare le misure patrimoniali considerando i destinatari soggetti indiziati di vivere con il provento del crimine in base agli stessi indizi utilizzati per considerare il patrimonio di valore sproporzionato o di origine illecita. L'ipotesi di confisca *ex art. 2 ter* finisce per non distinguersi dall'ipotesi di confisca *ex art. 3 quinquies* *l. 575/65* essendo entrambe fondate su meri requisiti di pericolosità oggettiva del patrimonio, in presenza di presupposti soggettivi assolutamente sfumati (anche in caso di mancanza della pericolosità sociale la prima e laddove il patrimonio agevoli l'attività di soggetti indiziati o imputati la seconda).

La Corte trae un altro argomento a sostegno della propria tesi dal confronto tra la forma di confisca in esame e la confisca per equivalente della confisca *ex art. 2 ter l. 575/65* (oggi recepita dall'*art. 25* del *cod. antimafia*), citando proprio la sentenza Barilari, sopra menzionata, nel senso che «La giurisprudenza di questa Corte conosce già, del resto, situazioni in cui è stata affermata l'impossibilità di ritenere applicabile il citato *art. 200* a peculiari fattispecie di misure di prevenzione patrimoniale».

Tale argomento della Corte è interessante, ad avviso di chi scrive, non tanto perché si ritiene che la confisca per equivalente in sé assuma carattere punitivo, ma quanto perché la Corte in realtà evidenzia – involontariamente – l'incongruità per cui si attribuisce natura sanzionatoria alla confisca per equivalente della confisca misura di prevenzione (*art. 2-ter*, *c. 10*, della *l. n. 575* e *art. 25* *cod. antimafia*) e non la si attribuisce alla confisca misura di prevenzione. Nel senso che non si ritiene di accogliere, come accennato e affermato in altra sede, l'orientamento in base al quale si attribuisce *tout court* carattere sanzionatorio alla confisca per equivalente della confisca classica del profitto accertato (rispetto al quale è provato il nesso con uno specifico reato)¹¹⁴, che dovrebbe assumere la stessa natura della confisca

111. *Ivi*, 2258 ss.

112. Corte d'Appello di Catania, 21 novembre 1997, Spampinato, in *Cass. pen.*, 1998, n. 1558, 2726-2730.

113. MAUGERI, *La riforma delle sanzioni patrimoniali*, cit., 134; cfr. GAMBACURTA, *Le modifiche in materia di misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Il sistema della sicurezza pubblica. Commento alla legge 15 luglio 2009, n. 94 (disciplina in materia di sicurezza pubblica)*, aggiornato alle novità introdotte dalla "Legge finanziaria 2010", dal d.l. 4 febbraio 2010, n. 4 e dal Protocollo "Mille occhi sulla città" dell'11 febbraio 2010, in Ramacci - Spangher (a cura di), Milano, 2010, 197; *contra* valuta positivamente l'estensione delle patrimoniali a tali soggetti MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali. La confisca ex art. 12-sexies l. n. 356/92*, Milano, 2012, 68 – 71; RAPINO, *La modernizzazione delle misure di prevenzione. Riflessioni a margine dell'applicazione di misure personali e patrimoniali all'"evasore fiscale socialmente pericoloso"*, in *Dir. pen. cont.*, 26 marzo 2013, 7, che ritiene così applicabili le misure di prevenzione ai colletti bianchi dediti a traffici delittuosi.

114. Tra le altre Cass., S.U., 25 ottobre 2005, n. 41936, Muci, cit.; Cass., 26 maggio 2010, n. 29724, in *Dejure*; Cass. 18 giugno 2007, n. 30543, in *Foro it.*, 2008, III, c. 173; Cass., 8 maggio 2008, n. 21566, Pulzella, in *Dejure*; Cass., 24 settembre 2008, n. 39173, Tiraboschi, Rv. 241034; Cass. 18 febbraio 2009, Molon, n. 13098, in *Dejure*; Corte Cost., 2 aprile 2009, n. 97, in *www.giurcost.com*; cfr. Cass., 24 settembre 2008, n. 3917, in *Cass. pen.*, 2009, 3417 ss., con

che consente di applicare nella forma equivalente e cioè dovrebbe rappresentare una forma di riequilibrio o compensazione economica¹¹⁵; ma piuttosto in quanto si ritiene che sarebbe assurdo attribuire carattere punitivo alla confisca per equivalente in sé, e non attribuirla alla confisca base – ex art. 2 ter l. 575/65 – che la confisca di valore consente di applicare anche se in forma equivalente. La confisca di valore rappresenta esclusivamente uno strumento per garantire in forma diversa (per equivalente) l'applicazione efficace della confisca del profitto e, quindi, dovrebbe mutuare la stessa natura della confisca base; assume carattere punitivo nella stessa misura in cui l'assume la confisca base. In relazione alla confisca per equivalente della confisca del profitto accertato si tratta di garantire l'applicazione del principio che il crimine non paga e non può rappresentare una legittima fonte di arricchimento: «la cui ratio è quella di privare il reo di un qualunque beneficio economico derivante dall'attività criminosa»¹¹⁶. Solo in ciò si concentra quella “capacità dissuasiva e disincentivante di tale strumento” di cui parla la sentenza in commento, riprendendo la sentenza Barilari, fermo restando che una vera misura punitiva dovrebbe avere un suo specifico carattere afflittivo, sottraendo o limitando un bene del destinatario della sanzione: la confisca del profitto accertato non sottrae un bene legittimamente detenuto dal reo, non limita il suo diritto di proprietà; può assumere carattere afflittivo-punitivo, invece, la confisca “allargata” dei cespiti patrimoniali di sospetta origine criminale, in mancanza della prova dell'origine illecita.

Ciò non toglie che è comunque preferibile garantire l'irretroattività della confisca per equivalente anche della confisca classica, essendo comunque maggiormente conforme al principio di irretroattività di uno Stato di diritto, come bene evidenziato nel caso *Welch*, che un cittadino possa conoscere prima tutte le conseguenze della sua condotta, tanto più se si considera quell'uso disinvolto della confisca per equivalente che emerge nella prassi giurisprudenziale, che la usa come un *escamotage* per sottrarsi alla prova del nesso causale tra il profitto e il reato o come vera e propria pena patrimoniale nei confronti di tutti i concorrenti¹¹⁷.

In relazione alla forma di confisca per equivalente della confisca misura di prevenzione,

nota adesiva di MAZZACUVA, *Confisca per equivalente come sanzione penale: verso un nuovo statuto garantistico*, 3420 ss.; Cass. 14 febbraio 2008, n. 12240, in *Dejure*, che parla di capacità «dissuasiva e disincentivante di tale tipologia di risposte sanzionatorie»; Trib. Milano, 20 aprile 2011, G.i.p. D'Arcangelo. Da ultimo Cassazione, 29 agosto 2012, n. 33371, in *Corr. trib.*, 2012, 38, 2944 ribadisce «la funzione sostanzialmente ripristinatoria della situazione economica modificata in favore del reo dalla commissione del fatto illecito, mediante l'imposizione di un sacrificio patrimoniale di corrispondente valore a carico del responsabile, il carattere afflittivo e la consequenzialità con l'illecito proprie della sanzione penale, mentre esula dalla stessa qualsiasi funzione di prevenzione, che costituisce la principale finalità delle misure di sicurezza»; attribuisce carattere sanzionatorio alla confisca per equivalente MAGRO, *In tema di profitto confiscabile (a proposito del mancato pagamento della sanzione tributaria)*, in *Arch. Pen.*, 2013, 190; PERINI, *La progressiva estensione del concetto di profitto del reato quale oggetto della confisca per equivalente*, in *Giur. it.*, 2009, 2075; FURFARO, voce *Confisca*, in *Dig. Disc. Pen. Agg.*, Tomo I, Torino 2005, 208 ss; MAZZA, *La confisca per equivalente fra reati tributari e responsabilità dell'ente (in margine al caso Unicredit)*, in *Dir. pen. cont.*, 23 gennaio 2012; CORSO, *op. cit.*, 1775; EPIDENDIO, *Il sistema sanzionatorio cautelare*, in *Epidendio - Bassi (a cura di), Enti e responsabilità da reato*, Milano, 2006, 305 – 308; FONDAROLI, *op. cit.*, 118; ACQUAROLI, *L'estensione dell'art. 12 sexies l. n. 356/1992 ai reati contro la pubblica amministrazione*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, p. 251; VERGINE, *Confisca e sequestro per equivalente*, Milano, 2009, 149.

115. In quanto si tratta di sottrarre il profitto del reato, qualcosa che non si ha diritto di detenere non rappresentando il reato un legittimo titolo di acquisto di beni, cfr. MAUGERI, *La lotta contro l'accumulazione*, cit., 489 ss.; ID., *La confisca per equivalente – ex art. 322 ter – tra obblighi di interpretazione conforme ed esigenze di razionalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 826 ss.; conforme MONGILLO, *Art. 322-ter*, in *Codice penale - Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. VII, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2010, 256; ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione - I delitti dei pubblici ufficiali*, in *Commentario sistematico*, II ed., Milano, 2006, 254, parla di misura che mira «ad attuare un riequilibrio compensativo a favore della collettività», pur riconoscendo che l'aspetto (generalpreventivo-) repressivo già presente nella confisca tradizionale, si chiarisce e si accentua con l'espressa previsione della confisca di valore (p. 248).

116. Cass., Sez. V, 13 novembre 2012, n. 14044, O., cit., 16.

117. Così Cass. 28 luglio 2009, n. 33409, Alloum, in *Cass. pen.*, 2009, 3102: «in caso di concorso di persone nel reato, la confisca “per equivalente” prevista dall'art. 648 *quater* può essere disposta per ciascun concorrente per l'intera entità del profitto», «non essendo esso ricollegato all'arricchimento personale di ciascuno dei correi, ma alla corresponsabilità di tutti nella commissione dell'illecito»; conforme Cass., 13 maggio 2010, n. 21027, in *Dejure*; applicano il sequestro per intero nei confronti di ciascun concorrente o la confisca per intero nei confronti di un singolo concorrente – salva la possibilità di rivalsa nei confronti degli altri – anche se a lui non è pervenuto il profitto Cass., 1 ottobre 2002, n. 32797, in *Dejure*; Cass. 16 gennaio 2004, n. 15455, Napolitano G., *ivi*; Cassazione, S.U., 25 ottobre 2005, n. 41936, Muci, 52, *ivi*; Cass., 6 luglio 2006, n. 30729, Carere, in *Guida al dir.*, 2006, 40, 117; Cass., 14 giugno 2006, Grassi, in *Foro. it.*, 2007, c. 265; Cass., 14 giugno 2006, n. 31989, Troso, *ivi*, c. 266, e Rv. 235128; Cass., 27 settembre 2006, n. 31989, in *Giur. it.*, 2007, 7, p. 1751; Cass. 20 dicembre 2006, n. 10838, Napolitano, Rv. 235832; Cass., 21 febbraio 2007, Alfieri, n. 10838, Rv. 235842; Cass., 3 maggio 2007, n. 21138, in *Dejure*; Cass. 9 luglio 2007, Linguiti, Rv. 237290; Cass., 20 settembre 2007 n. 38599, Angelucci, in *Cass. pen.*, 2009, 274; Cass. 6 Novembre 2008, n. 45389, Perino Gelsomino, *ivi*, 2010, 2714; Cass., Sez. V, 3 febbraio 2010, n. 10810, Perrottelli, Rv. 246364; Cass., Sez. V, 24 gennaio 2011, n. 13277, Farioli, Rv. 249839; Cass., Sez. II, 31 maggio 2012, n. 20976, in *Dejure*; Cass., Sez. II, 6 luglio 2012, n. 35999, *ivi*.

in ogni caso, la sua applicazione nel rispetto del principio di irretroattività appare particolarmente opportuna se si considera la particolare afflittività che può assumere la confisca per equivalente di una forma di confisca allargata che può colpire tutti i beni di valore sproporzionato o che risultino di origine illecita; negli ordinamenti stranieri e nei documenti sovranazionali la confisca per equivalente nasce fisiologicamente come uno strumento per combattere i tentativi del reo di frustrare l'applicazione della confisca di *specifici* beni che rappresentano il profitto o il prodotto di un determinato reato, presupponendo che sia stato accertato che dal crimine sia derivato un determinato profitto o prodotto ben *identificato, legato da un nesso di causalità al crimine*, e non sia possibile confiscarlo perché disperso, alienato, nascosto. La confisca per equivalente è il primo fondamentale strumento per superare quel limite delle forme tradizionali di confisca del profitto, che richiedono l'accertamento del nesso di causalità tra il crimine e il profitto o il prodotto. In relazione alle forme di confisca allargata che non richiedono l'accertamento del nesso di causalità in questione, ma si estendono a tutti i profitti di valore sproporzionato o di origine sospetta, l'applicazione anche della confisca per equivalente appare come un'esasperazione punitiva che rende particolarmente opportuna l'applicazione del principio di irretroattività¹¹⁸.

6

**ULTERIORI ARGOMENTI:
CORRELAZIONE TEMPORALE,
PRESUNZIONE DELL'ORIGINE
ILLECITA E RISPETTO DELL'ART. 42
COST.**

La Corte ammette che una parte della giurisprudenza richiedendo la *correlazione temporale* tra la pericolosità sociale e l'acquisto dei beni, continuerebbe a preservare il legame tra la confisca e la pericolosità sociale; anche se, si può osservare, si tratterebbe sempre di un anomalo concetto di pericolosità sociale, legata non tanto alla futura consumazione di reati, ma alla precedente e/o attuale consumazione, a partire dall'appartenenza all'associazione mafiosa, trattandosi comunque di una misura *praeter probationem delicti*, più che *ante delictum*. In ogni caso, la Suprema Corte ritiene di preferire, anche in base al dettato normativo, l'orientamento prevalente che nega la necessità della correlazione temporale, consentendo di confiscare anche beni acquisiti in epoca precedente, in quanto si contesti l'origine illecita che può essere confutata dal prevenuto: la finalità della confisca misura di prevenzione rimane quella di sottrarre i beni al circuito criminale consentendo di colpire anche l'intero patrimonio in base alla presunzione di origine illecita¹¹⁹.

La Suprema Corte, poi, non aderisce a quell'orientamento più garantista che in qualche sentenza ha richiesto ai fini della confisca sia l'accertamento del carattere sproporzionato dei beni sia l'accertamento della loro origine illecita. Si deve ricordare, infatti, che prima della riforma in alcune (in verità poche) sentenze la Suprema Corte richiedeva tale duplice tipologia di indizi, osservando che la novella del '93, n. 256¹²⁰ avrebbe avuto «un'incidenza contenutistica meno marcata di quella suggerita ad una prima lettura»¹²¹. In base a tale orientamento, il possesso di sostanze di valore sproporzionato è solo un primo importante, ma non sufficiente, indizio, da inserire in un più ampio quadro indiziario circa l'origine illecita del patrimonio dell'indiziato.

Nella sentenza in commento, invece, la Suprema Corte ritiene, in piena conformità al dettato normativo, che la norma non imponga un tale duplice onere probatorio a ca-

118. Cfr. MAUGERI, *La riforma delle sanzioni patrimoniali*, cit., 176 ss.

119. Cass., 21 aprile 2011, n. 27228, Cuozzo, Rv. 250917; Cass., 9 febbraio 2011, n. 6977, B. e altro, in *Dejure*; Cass. 15 gennaio 2010, Quartararo, in *Foro it. Rep.*, 2010, voce *Misure di prevenzione*, n. 39; Cass. 15 dicembre 2009, n. 2269, in *Dejure*; Cass. 29 maggio 2009, n. 35466, *ivi*; Cass., Sez. I, 4 giugno 2009, n. 35175, *ivi*; Cass., Sez. I, 11 dicembre 2008, n. 47798, C., in *Cass. pen.*, 2009, 10, 3977; Cass., 8 aprile 2008, n. 21717, Failla e altro, Rv. 240501; Cass., 23 gennaio 2007, n. 5248, G., in *Cass. pen.*, 2008, 1174; Cass., Sez. I, 5 ottobre 2006, Gashi, n. 35481, Rv. 234902.

120. L'art. 3 della L. 24 luglio 1993, n. 256, con il quale si era modificato l'art. 2-ter, comma 2, della legge n. 575/65, stabiliva che il Tribunale ordina il sequestro dei beni del mafioso «quando il loro valore risulta sproporzionato al reddito dichiarato o all'attività economica svolta, ovvero quando, in conformità a sufficienti indizi, si ha motivo di ritenere che gli stessi siano il frutto di attività illecite o ne costituiscono il reimpiego»: ne conseguiva, come rilevato in giurisprudenza, che mentre prima si richiedeva la notevole sproporzione come indizio tra gli altri dell'illecita provenienza, in seguito a tale riforma l'indizio della mera sproporzione (la norma non richiedeva più che fosse notevole) era già di per sé indice di illiceità della medesima ricchezza in quanto nella disponibilità del presunto mafioso, cfr. per tutte Cass., 20 novembre 1998, Iorio e altri, n. 5760, in *Cass. pen.*, 1999, 3238.

121. Cass., 23 giugno 2004, Palumbo, in *Cass. pen.*, 2005, 2704; conforme Cass., 16 dicembre 2005, n. 1014, L.P.T., in <http://www.iuritalia.it/cpenale>.

rico dell'accusa¹²²: la chiara formulazione dell'art. 2-ter della legge n. 575 del 1965 «non consente dubbi in ordine all'assoggettabilità a confisca sia dei beni il cui valore risulti sproporzionato alla capacità reddituale del proposto sia dei beni che risultino essere frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego. Il perspicuo tenore letterale non consente una lettura combinata [...], nel senso, cioè, che il parametro della sproporzione debba coesistere con la rilevata provenienza illecita degli stessi beni. L'uso della congiunzione “nonché” con riferimento a due distinte categorie di beni suscettivi di ablazione (beni il cui valore sia sproporzionato e beni rispetto ai quali sia positivamente accertato essere frutto di attività illecite ovvero reimpiego), non lascia adito a dubbi di sorta in proposito».

Tale orientamento è corretto, fermo restando che il più garantistico orientamento, che richiede la duplice tipologia di indizi, sarebbe maggiormente in linea con il rispetto delle garanzie della presunzione d'innocenza; nel senso che si renderebbe maggiormente solido il quadro probatorio su cui si fonda la confisca, se l'accertamento del carattere sproporzionato del valore del singolo bene al momento dell'acquisto (in base alla migliore interpretazione della nozione di sproporzione¹²³) si accompagnasse alla verifica di ulteriori elementi indiziari circa l'origine illecita dei beni da confiscare. Ma soprattutto tale interpretazione sarebbe maggiormente conforme al modello di confisca allargata proposto dalla decisione quadro GAI n. 212/2005¹²⁴, che richiede contemporaneamente il carattere sproporzionato e l'origine illecita dei profitti, nonché, da ultimo, con la Proposta di Direttiva in tema di confisca e congelamento dei beni¹²⁵, nella versione emendata proposta dalla Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni (non ancora approvata dal Parlamento)¹²⁶, in cui si propone all'art. 4 un modello di confisca allargata che richiede il duplice accertamento, in quanto considera la sproporzione solo come esempio di “fatto specifico” su cui fondare il convincimento del giudice circa l'origine illecita; fermo restando che ai fini della confisca senza condanna la versione emendata della Proposta di direttiva richiede che «l'autorità giudiziaria, sulla base di fatti specifici e dopo aver esperito tutti i mezzi di prova disponibili, sia convinta che tali beni derivano da attività di natura criminale rispettando, al contempo, pienamente le disposizioni dell'articolo 6 della CEDU e della Carta europea dei diritti fondamentali»¹²⁷.

Si riconosce, riprendendo le affermazioni della sentenza Cuozzo del 2011¹²⁸, il carattere “draconiano della misura” fondata sulla c.d. *pericolosità* del patrimonio («È

122. Cass., 21 aprile 2011, n. 27228, Cuozzo, Rv 250917.

123. Per tale interpretazione del concetto di sproporzione che deve essere accertata in relazione al singolo bene al momento dell'acquisto («Né è sufficiente affermare che vi sia sproporzione tra reddito e patrimonio per ritenere che tutti i beni del soggetto proposto, vadano sequestrati e confiscati») cfr. Cass. 30 ottobre 2008, n. 44940, in *Dejure*; Cass. 13 maggio 2008, n. 21357, E., *ivi*; Cass. 16 gennaio 2007, n. 5234, L. e altro, in *Guida al dir.*, 2007, 1067; Cass. 13 giugno 2006, Cosoleto e altri, Rv. 234733; Cass. 23 giugno 2004, Palumbo, in *Cass. pen.*, 2005, 2704; Cass. 28 marzo 2002, Ferrara, *ivi*, 2003, 605; Cass., S.U., 17 dicembre 2003 (19 gennaio 2004), Montella, in *Cass. pen.*, 2004, 1187; Cass., 15 aprile 1996, Berti, in *Cass. pen.*, 1996, 3649; Cass., Sez. I, 18 maggio 1992, Vincenti; Cass., Sez. I, 9 maggio 1988, Raffo; ampiamente su tale giurisprudenza cfr. MAUGERI, *La lotta contro l'accumulazione*, cit., 516 ss. dottrina e giurisprudenza *ivi* citata; CONTRAFFATTO, *L'oggetto della confisca di prevenzione e lo standard della prova*, in Balsamo - Contraffatto - Nicastro (a cura di), *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, cit., 110 ss.; NOCETI - PIERSIMONI, *Confisca e altre misure ablatorie patrimoniali*, Torino, 2011, 79; sull'accertamento della sproporzione cfr. NANULA, *La lotta alla mafia. Strumenti giuridici - strutture di coordinamento - legislazione vigente*, Milano, 2009, 38; ID., *Il problema della prova della provenienza illecita dei beni*, in *Il Fisco*, 1993, 10117; MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 287.

124. Tale decisione quadro prevede i poteri allargati di confisca ai fini del mutuo riconoscimento, in virtù della decisione quadro n. 783/2006.

125. *Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio*, relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato nell'Unione europea, Bruxelles, 12.3.2012, COM(2012) 85 final, 2012/0036 (COD). Cfr. MAUGERI, *La proposta di direttiva UE in materia di congelamento e confisca dei proventi del reato: prime riflessioni*, in *questa Rivista*, 2012, 2, 180 ss.; BALSAMO, *Il “codice antimafia” e la proposta di Direttiva europea sulla confisca: quali prospettive per le misure patrimoniali nel contesto europeo*, in *Dir. pen. cont.*, 20 luglio 2012; PIVA, *La proteiforme natura della confisca antimafia dalla dimensione interna a quella sovranazionale*, in *questa Rivista*, 2013, 1, 215 ss.; MANGIARACINA, *Cooperazione giudiziaria e forme di confisca*, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, 369.

126. Cfr. la Relazione sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato nell'Unione europea (COM(2012)0085 – C7-0075/2012 – 2012/0036(COD)) da parte della Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni (nel prosieguo la *Commissione LIBE*), A7-0178/2013, 20 maggio 2013, in <http://www.europarl.europa.eu/sides/get>. Per un sintetico quadro di insieme degli emendamenti proposti dalla Commissione LIBE alla proposta della Commissione, cfr. MAZZACUVA, *La posizione della Commissione LIBE del Parlamento europeo alla proposta di direttiva relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato*, in *Dir. pen. cont.*, 16 luglio 2013.

127. In materia sia consentito il rinvio a MAUGERI, *L'actio in rem assurge a modello di “confisca europea” nel rispetto delle garanzie CEDU? – Emendamenti della Commissione Libe alla proposta di direttiva in materia di congelamento e confisca dei proventi del reato*, in *Dir. pen. cont.*, 17 luglio 2013, e in *questa Rivista*, 2013, 3, 252.

128. Cass., 21 aprile 2011, Cuozzo, n. 27228, Rv 250917.

vero, dunque, che per dettato normativo la pericolosità sociale del proposto finisce con l'estendersi al suo patrimonio): «Si tratta, certamente, di misura draconiana, la cui severità si giustifica, però, in ragione delle precipue finalità della legislazione antimafia, e specialmente dell'obiettivo strategico di colpire, anche con evidenti finalità deterrenti, l'intero patrimonio – ove di ritenuta provenienza illecita – degli appartenenti a consorterie criminali, posto che l'accumulo di ricchezza costituisce, comunemente, la ragione primaria – se non esclusiva – di quell'appartenenza». In ogni caso si ritiene che il rispetto dell'art. 42 Cost., del diritto di proprietà, sarebbe garantito dal carattere confutabile della presunzione su cui si fonda la misura in esame¹²⁹ – «cioè in quanto l'accertata appartenenza a consorteria organizzata riflette uno stile di vita la cui origine non si è ritenuto che possa farsi coincidere con la data del riscontro giudiziario, essendo, evidentemente, maturato – per precise scelte esistenziali – anche in epoca antecedente, sia pure non determinata (Cuozzo del 2011)»¹³⁰; è sufficiente, ad avviso della Corte, che sia garantito il diritto del proposto di confutare la presunzione, in linea del resto con l'orientamento della Corte EDU che ammette l'uso delle presunzioni non solo in relazione alla confisca misura di prevenzione ma, più in generale, in “materia penale”, purché siano confutabili e siano adeguatamente garantiti i diritti della difesa. Proprio in relazione alla disciplina della confisca misura di prevenzione, la Corte EDU ha, però, sottolineato che la giurisprudenza italiana non può fondarsi su semplici sospetti; essa deve stabilire e valutare oggettivamente i fatti esposti dalle parti e documentati¹³¹.

La Suprema Corte riconosce che l'*actio in rem* rappresentata dal procedimento di prevenzione patrimoniale si fonda sulla c.d. “pericolosità reale”, nel senso cioè che il suo precipuo scopo è quello di sottrarre il patrimonio di origine illecita alla criminalità, in particolare organizzata, sottraendo ciò che da una parte rappresenta lo scopo primario di tale forma di criminalità, l'illecito arricchimento, dall'altra lo strumento principale di ulteriore attività criminale e di infiltrazione nell'economia lecita.

7

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE DERIVANTI DAL RICONOSCIMENTO DELLA NATURA SANZIONATORIA DELLA CONFISCA “MISURA DI PREVENZIONE” (IN PARTICOLARE IN TERMINI DI ONERE DELLA PROVA)

Il riconoscimento della natura “oggettivamente sanzionatoria” della forma di confisca in esame presenta dei profili problematici perché la pena presuppone la condanna per un fatto reato, ma non sempre, come accennato, il procedimento di prevenzione patrimoniale è accompagnato o preceduto da un parallelo procedimento penale, assumendo i caratteri di una sorta di procedimento accessorio al processo penale¹³²; il procedimento di prevenzione patrimoniale è autonomo, può essere applicato nei confronti dei soggetti indiziati, anche nel passato, di determinati reati e quindi a pericolosità – anche se non attuale – qualificata, o indiziati di vivere con il provento del crimine o di essere

129. Cfr. Cass., Sez. I, 16 maggio 2012, n. 25464, G.N., in *Dejure*.

130. Cfr. in tale direzione Cass., Sez. VI, 18 ottobre 2012, n. 10153, C. e altro, in *Dejure*, che ha recentemente ribadito la compatibilità dell'applicabilità delle misure di prevenzione patrimoniale a prescindere dal requisito della pericolosità attuale del proposto, in relazione agli art. 41 e 42 della Costituzione, in quanto i diritti costituzionalmente tutelati di proprietà ed iniziativa economica possono essere limitati rispettivamente in funzione sociale (art. 42, comma secondo, Cost.) e nell'interesse delle esigenze di sicurezza ed utilità generale (art. 41, comma secondo, Cost.) secondo contenuti le cui concrete modulazioni rientrano nella discrezionalità del legislatore, tenuto conto della necessità di perseguire un'esigenza generalmente condivisa di sottrarre i patrimoni accumulati illecitamente alla disponibilità dei soggetti che non possono dimostrarne la legittima provenienza».

131. Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Prisco*, cit.; Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Arcuri*, cit., 4-5; Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Riela*, cit., 5; Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Bocellari*, cit., 7; Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Licata*, cit., 4; cfr. Commissione, 21 maggio 1998, *Autorino v. Italy*, n. 39704/98.

132. SCARPINATO, *op. cit.*, 247 ss., il quale afferma che il procedimento di prevenzione patrimoniale «ha cessato da tempo di essere un sistema autonomo per divenire un sistema di supporto a quello della repressione penale con il quale interagisce continuamente sul piano dell'aggressione ai patrimoni illegali e della risposta all'imprenditorialità criminale»; «l'accertamento della pericolosità del prevenuto, [...] non è più disancorata dalla commissione di reati – pericolosità *ante o praeter delictum*, intesa come generica propensione soggettiva a commettere futuri reati – ma, al contrario, saldamente ancorata a condotte storicamente definite ed integranti specifiche fattispecie di reato»; «le vere indagini patrimoniali per l'applicazione delle misure di prevenzione non sono più quelle di cui all'art. 2 bis citato, ma quelle esperite durante la fase delle indagini preliminari all'interno di strategia globale che tiene conto della spendibilità degli esiti di tali indagini sia sul piano del processo penale che su quello del procedimento di prevenzione»; «il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione viene attivato in contemporanea con l'emissione delle ordinanze di custodia cautelare»; «la trasmissione dell'ordinanza di custodia cautelare attiva infatti l'apertura di un canale di comunicazione tra procedimento di prevenzione e processo penale, destinato a trasformarsi in molti casi in un vaso comunicante». Sui rapporti tra procedimento di prevenzione e procedimento penale cfr. NOCETI - PERSIMONI, *op. cit.*, 83 ss.; sull'auspicabilità della specializzazione del procedimento “accessorio” al processo penale MAUGERI, *La proposta di direttiva UE*, cit., 196 ss.

dediti a traffici delittuosi, a pericolosità – anche in questo caso non necessariamente attuale – generica¹³³.

Come può giustificarsi l'applicazione di una sanzione in mancanza di una condanna per un fatto che costituisce reato e addirittura nei confronti del morto? E come si potrebbe giustificare una sanzione che non sia commisurata alla colpevolezza, rimanendo l'unico parametro di commisurazione l'ammontare dei cespiti patrimoniali di origine illecita¹³⁴.

In realtà, allora, il fondamento che giustifica la confisca deve essere individuato non tanto in una pretesa finalità punitiva *tout court* di comportamenti criminali che non si riescono a provare, ma nella finalità di sottrarre alla criminalità – soprattutto organizzata – la ricchezza di origine illecita, che, come affermato dalla Suprema Corte nella sentenza in esame, rappresenta la ragione primaria dell'appartenenza alla consorteria criminale e lo strumento della futura attività illecita. In mancanza di una condanna e di una valutazione di proporzionalità della sanzione ai parametri di commisurazione della pena, a partire dalla colpevolezza, si può allora giustificare in uno Stato di diritto, la sottrazione dei profitti solo in quanto e nella misura in cui se ne accerti l'origine criminale, prevalendo la funzione di riequilibrio economica/compensatoria su quella punitiva, altrimenti la misura draconiana diventa una pena patrimoniale che rischia di essere "sproporzionata" in quanto non commisurata e commisurabile.

Ciò richiama l'esigenza di accogliere l'interpretazione più garantistica del termine "risultino" contenuto nell'art. 2 *ter* l. 575/65 e nell'art. 24 del codice antimafia, nel senso di pretendere la prova "indiziaria" dell'origine illecita¹³⁵ (*ex art.* 197 c.p.p.), che rappresenterebbe l'unico elemento che giustifica la confisca in mancanza della condanna e dell'attualità della pericolosità sociale, e, quindi, all'affievolirsi dei presupposti soggettivi che fondano la presunzione di illecita accumulazione patrimoniale¹³⁶, come evidenziato anche dal Tribunale di Palermo¹³⁷. Tale interpretazione sarebbe maggiormente in linea con l'obbligo di interpretazione conforme della normativa interna alla normativa comunitaria anche in relazione alle decisioni quadro adottate nell'ambito del titolo 6° del Trattato sull'Unione Europea, nonostante l'assenza di una disciplina di attuazione *ad hoc*, in considerazione dell'orientamento affermatosi a partire dalla sentenza Pupino della Corte di giustizia¹³⁸; la decisione quadro GAI n. 212/2005, sopra citata, nell'imporre l'obbligo di prevedere poteri allargati di confisca (in seguito a condanna) in relazione a talune gravi fattispecie realizzate nell'ambito di un'organizzazione criminale (art. 3), non solo non prevede l'inversione dell'onere della prova, ma pretende che *il giudice sia pienamente convinto* sulla base di *fatti circostanziati* dell'origine illecita del bene,

133. Ad esempio il procedimento di prevenzione può essere iniziato anche a carico di soggetti, precedentemente o successivamente, assolti nei processi penali, specie nella formula di cui all'art. 530, secondo comma, c.p.p., o di indagati in procedimenti definiti con archiviazioni per una prognosi di inidoneità del materiale probatorio a superare positivamente il vaglio dibattimentale, cfr. *Ibidem*, 242.

134. Cfr. MANGIONE, *La confisca di prevenzione dopo i "due" pacchetti-sicurezza*, cit., 78-79; sull'opportunità di applicare la confisca senza condanna cfr. NICOSIA, *op. cit.*, 83 e in generale 76 ss.; in materia sulle ipotesi in cui si rende opportuna una confisca senza condanna cfr. PANZARASA, *Confisca senza condanna? Uno studio de lege lata e de iure condendo sui presupposti processuali dell'applicazione della confisca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1672, in particolare 1702 ss.

135. MAUGERI, *Dalla riforma delle misure di prevenzione patrimoniali alla confisca generale dei beni contro il terrorismo*, cit., 425.

136. Così MAUGERI, *La riforma delle sanzioni patrimoniali*, cit., 155 ss.; ID., *Dalla riforma delle misure di prevenzione patrimoniali alla confisca generale dei beni contro il terrorismo*, cit., 463 ss.; conforme GIALANELLA, *La confisca di prevenzione antimafia, lo sforzo sistemico della giurisprudenza di legittimità e la retroguardia del legislatore*, in Cassano (a cura di), *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il "pacchetto sicurezza"*, cit., 133 ss.; ID., *Un problematico punto di vista sui presupposti applicativi del sequestro e della confisca di prevenzione dopo le ultime riforme legislative e alla luce della recente giurisprudenza di legittimità*, in *Scenari di mafia*, cit., 357; ABBATTISTA, *Profili funzionali e criticità applicative del sistema delle misure di prevenzione patrimoniali antimafia dopo la stagione delle riforme sulla sicurezza pubblica*, in *Gli strumenti di contrasto patrimoniale alla criminalità organizzata dopo le riforme sulla sicurezza pubblica*, Seminario di Studio, Bari, 1 e 2 dicembre 2009, <http://www.udai.it/articoli/allegato/relazione%20udai%20dott.%20Giovanni%20ABBATTISTA.pdf>;

CAIRO, *op. cit.*, 1085. Sugli auspici della dottrina in tale direzione già prima della riforma sia consentito il rimando a MAUGERI, *op. cit.*, 876-834 ss.; cfr. GIALANELLA, *I patrimoni di mafia*, cit., 119; AMODIO, *Misure di prevenzione nella legge antimafia*, in *Giust. Pen.*, 1985, III, c. 632; SIRACUSANO, *Indagini, indizi e prove nella nuova legge antimafia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1984, 898 ss.

137. Per tutte Cass., 13 gennaio 2011, n. 18327, G., in *Dejure*.

138. CGCE, 16 giugno 2005, causa C-105/03, Pupino.

imponendo uno standard della prova penalistico; in tale direzione la Proposta di direttiva in materia di confisca, nella versione emendata dalla Commissione LIBE, richiede che il giudice sia “convinto” dell’origine illecita dei beni per applicare la confisca senza condanna.

Una simile interpretazione non elimina, ma attenua le perplessità circa il rispetto delle garanzie fondamentali della materia penale e in particolare la presunzione d’innocenza che la forma di confisca in esame suscita, laddove prevede un onere della prova dell’origine lecita in capo al proposto («la confisca dei beni di cui la persona [...] non possa giustificare la legittima provenienza»), che rappresenterebbe un’inammissibile inversione dell’onere della prova in mancanza della prova dell’origine illecita¹³⁹ e, soprattutto, laddove rimane comunque applicabile anche nei confronti dei beni di valore sproporzionato.

Anche l’Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, nella relazione N. III/11/2008 del 29.7.2008, avente ad oggetto la legge di conversione del D.L. n. 92 del 23.5.2008 (fl. 15), ha ribadito che spetta all’accusa l’onere di accertare il valore sproporzionato o l’origine illecita dei beni; tale orientamento è accolto dalla Suprema Corte¹⁴⁰ laddove afferma che «l’organo inquirente deve provare [...] che il valore dei beni sequestrati sia sproporzionato al reddito dichiarato o all’attività economica svolta dal proposto, ovvero siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego [...]». Orbene, la lettura coordinata delle suddette norme, pone in evidenza che, per la legge, *ciò che rileva ai fini della confisca, è solo la prova della pericolosità e della illegittima provenienza dei beni* (corsivo aggiunto).

Il medesimo orientamento esprime la Suprema Corte nel recente caso Meluzio¹⁴¹, in cui ha annullato con rinvio la sentenza della Corte di Appello proprio perché la sentenza di merito non ha fondato il provvedimento di confisca su «un protocollo valutativo che dia contezza: - in primo luogo, del perché debba ravvisarsi *una matrice illecita specifica dei beni* confiscati ai Meluzio, anche, ma non esclusivamente, in ragione dell’epoca della genesi di ognuno di essi; - in secondo luogo del perché, [...], *tali beni debbano considerarsi di valore sproporzionato al reddito lecito dei titolari e di ingiustificata accumulazione da parte di costoro, tanto da consentire di ritenere i beni di cui trattasi, comunque, di origine illecita e, per l’effetto, confiscabili*». La Suprema Corte sottolinea insomma la necessità di accertare la *confiscabilità* dei beni, e non solo la disponibilità in capo all’indiziato, e cioè «la necessità di dar conto se i beni che si intenda confiscare siano nella disponibilità del proposto in misura sproporzionata rispetto al reddito e degli *stessi non sia stata provata la legittima provenienza*»¹⁴² (corsivo aggiunto).

In maniera più chiara e vigorosa accoglie l’interpretazione prospettata del “risultino”

139. In tale direzione parla criticamente di inversione dell’onere della prova FILIPPI, *Il sistema delle misure di prevenzione dopo la controriforma del “2008”*, in *Atti dell’incontro di studio organizzato dal C.S.M.*, Roma, 24-26 settembre 2008, “*Dalla tutela del patrimonio alla tutela dei patrimoni illeciti*”, 23 ss.; *contra* si afferma che “In specie, l’evocare, oggi, il legislatore, allo scopo di fondare la possibilità dell’ablazione, un difetto di giustificazione della legittima provenienza del bene oggetto di apprensione da parte di chi ne abbia la disponibilità, in luogo del limitarsi, lo stesso legislatore, al rinvio, già contenuto nella pregressa formulazione della norma, ad una mancanza di dimostrazione della legittima provenienza del bene soggetto ad ablazione, *non altera in maniera dirimente i termini logici del meccanismo dimostrativo della patologia del cespite da confiscare*” (così GIALANELLA, *Un problematico punto di vista*, cit., 356 s.; conforme MAUGERI, *La riforma delle sanzioni patrimoniali*, cit., 157 ss.; PIGNATONE, *Le recenti modifiche alle misure di prevenzione patrimoniale (l. 125/2008 e l. 94/2009) e il loro impatto applicativo*, in *Scenari di mafia. Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, cit., 331) sicché l’intervento legislativo è innanzitutto ispirato all’esigenza «di adeguare la formula normativa a quella utilizzata nel secondo comma del medesimo art. 2 *ter* in relazione all’oggetto del sequestro disposto dal Tribunale nel corso del procedimento di prevenzione», così Relazione dell’Ufficio del massimario della Corte di Cassazione (rel. N. III/11/2008 del 29 luglio 2008) avente ad oggetto la l. di conversione del d.l. 23 maggio 2008, n. 92 (fol. 15).

140. Cass., 22 aprile 2009, n. 20906, Buscema e altri, Rv. 244878.

141. Cass., Sez. VI, 24 febbraio 2011, n. 25341, Meluzio, in *Dir. pen. cont.*, 30 giugno 2011.

142. La decisione impugnata, come rilevato dal Procuratore generale, «si è, tuttavia, completamente sottratta a qualsivoglia, logicamente pregiudiziale, apprezzabile e seria esposizione delle ragioni per le quali tali beni dovrebbero intendersi, pur sempre, *connotati da matrice illecita, in quanto sproporzionati ai redditi leciti dei prevenuti e del tutto ingiustificati quanto alla accumulazione di essi* da parte dei M.». Sul punto specifico, il Procuratore generale richiama l’insegnamento della Corte di legittimità (Sez. 6, 803/1999, Morabito G. e altro, Rv. 214781), in forza del quale è viepiù precisato il richiamo al principio della c.d. valenza reale dell’indizio; cfr. Cass., Sez. II, 23 giugno 2004, n. 35628; Cass., Sez. V, 28 marzo 2002, n. 23041; Cass., Sez. VI, 19 marzo 1997, n. 1171; Cass., Sez. VI, 24 gennaio 1995, n. 249; Cass., Sez. I, 21 aprile 1987, n. 1486.

il Tribunale di Palermo, precisando proprio che *«l'innalzamento dello standard probatorio richiesto per la confisca trova una ragionevole giustificazione nel contestuale sganciamento della misura patrimoniale da quella personale, nel senso che il legislatore affermata la non decisività della pericolosità sociale attuale del proposto, ha verosimilmente avvertito la necessità di meglio circoscrivere l'effetto ablatorio, onde evitarne una illimitata estensione in mancanza di una più salda piattaforma probatoria sulla origine illecita dei beni sequestrati, e salva comunque l'operatività, pur in difetto del nesso di pertinenzialità, del distinto requisito della sproporzione, che deve a propria volta "risultare"»* (corsivo aggiunto).

In tale direzione si è osservato che le perplessità che suscita la confisca nei confronti del morto, introdotta con la riforma del 2008 (art. 2 *bis*, c. 6 *bis*) e oggi prevista dall'art. 18 del cod. antimafia, sarebbero superate solo con l'accertamento dell'origine illecita dei proventi da confiscare: «Con riferimento alla provenienza illecita dei beni occorre tenere conto del fatto che i successori (eventualmente anche estranei alla famiglia del *de cuius*), dopo anni dalla morte della persona ritenuta pericolosa, dovrebbero contrastare l'ipotesi accusatoria fondata sulla sufficienza indiziaria della provenienza illecita del bene, talvolta acquistato decenni prima. Ogni profilo di perplessità sarebbe, però, superato nel caso di prova della provenienza illecita del bene e non solo della sufficienza indiziaria»¹⁴³» (corsivo aggiunto).

Recentemente la stessa giurisprudenza di legittimità, nel dichiarare manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, dell'art. 2 *ter*, sollevata in riferimento agli art. 3, 24 e 111 Cost., nella parte in cui, prevedendo la confisca dei beni di cui non sia dimostrata la legittima provenienza, pregiudicherebbe il diritto di difesa, per l'impossibilità di provare la liceità di proventi risalenti nel tempo, ha precisato che ai fini dell'operatività della disposizione non è sufficiente la mancata allegazione dell'interessato in ordine alla legittima provenienza dei beni trattandosi altrimenti di un'inammissibile inversione dell'onere probatorio, ma è necessario che l'affermazione d'illegittima provenienza costituisca epilogo di una decisione assunta in esito alla delibazione di elementi indiziari di inequivoca sintomaticità¹⁴⁴. «Ed all'uopo, la legge predispone un vero e proprio procedimento, nel quale, come in altre procedure, ha valore centrale il rispetto del contraddittorio, sì da assicurare il compiuto dispiegamento delle ragioni di difesa».

In tale contesto, allora, si ritiene auspicabile in termini di garanzie e di conformità ai principi di proporzione e di presunzione d'innocenza l'orientamento più garantista che richiede la *connessione temporale*, in quanto la prova di tale elemento rende meno onerosa per il proprietario la contro-prova dell'origine lecita del suo patrimonio¹⁴⁵, circoscrivendo gli effetti della conseguente confisca¹⁴⁶, e rende la confisca in esame maggiormente conforme alla presunzione d'innocenza come regola dell'esclusività dell'accertamento della colpevolezza in sede processuale, nel senso che il condannato può subire solo le conseguenze di fatti provati in giudizio nell'ambito di un regolare processo¹⁴⁷; il fatto di colpire solo gli ingiustificati arricchimenti temporalmente connessi con l'attività criminale accertata consente di alleggerire il rischio che si debbano subire le conseguenze di fatti non accertati, rischio intrinsecamente connesso al mero carattere indiziario dello stesso accertamento di pericolosità e, quindi, della partecipazione ad organizzazione od attività criminali.

Come affermato dalla Suprema Corte proprio la mancanza della condanna ai fini dell'irrogazione della forma di confisca in esame, rende necessario tale accertamento

143. MENDITTO, *La confisca di prevenzione nei confronti del 'morto'. Un non liquet della Corte Costituzionale, con rinvio a interpretazioni costituzionalmente orientate - Commento a Corte cost. 9 febbraio 2012, n. 21*, in *Dir. Pen. Cont.*, 21 febbraio 2012.

144. Cass., Sez. V, 16 ottobre 2009 (18 febbraio 2010), n. 6684, Santomauro, in *Dejure*.

145. Cfr. sul punto DI LENA, *In tema di confisca per possesso ingiustificato di valori*, in *Ind. Pen.*, 1999, 1222.

146. Si veda MAUGERI, *op. cit.*, 625-695.

147. Cfr. SCHULTEHINRICHS, *Gewinnabschöpfung bei Betäubungsmitteldelikten. Zur Problematik der geplanten Vorschrift über den Erweiterten Verfall*, Mainz, Univ., Diss., 1991, 165.

diversamente da quanto previsto ai fini della confisca *ex art. 12 sexies* d.l. 306/92; pur riconoscendo l'affinità che sussiste tra le due forme di confisca «detto parallelismo non giustifica, però, la conclusione di una pretesa coincidenza di discipline dei due distinti provvedimenti espropriativi: l'uno conseguente al pieno accertamento della responsabilità in sede penale, l'altro connesso alla verifica di un complesso indiziario circa la probabile appartenenza del soggetto ad un'associazione mafiosa. Va, infatti, considerato che tale diverso contesto spiega l'orientamento secondo cui, per poter disporre la confisca in sede di prevenzione, non è sufficiente la sussistenza di indizi di carattere personale sull'appartenenza del soggetto ad un'associazione di tipo mafioso, implicante una latente e permanente pericolosità sociale, ma occorre che vi sia correlazione temporale fra tale pericolosità e l'acquisto dei beni¹⁴⁸.

Si dovrebbe pretendere la prova della connessione temporale perlomeno nel senso che, anche se tale elemento non costituisce un requisito espressamente richiesto dall'art. 2 ter l. 575/65 ai fini della confisca, rappresenta, comunque, un importante indizio dell'origine illecita del bene, con la conseguenza che laddove manchi, qualora si faccia riferimento a beni acquisiti in epoca risalente o in epoca successiva al periodo di appartenenza ad organizzazioni criminali (o in relazione al quale sussistono gli indizi che rendono il soggetto destinatario delle misure di prevenzione), la mancanza di questo fondamentale indizio dovrà essere sufficientemente compensata dalla presenza di altri pregnanti indizi (gravi, precisi e concordanti) che possono fondare la prova dell'origine criminale del bene in base al più rigoroso *standard* penalistico della prova, *al di sopra di ogni ragionevole dubbio* nel rispetto del principio *in dubio pro reo* (tanto più il periodo di acquisizione dei beni è lontano dalla commissione dei fatti accertati tanto più rigorosa deve essere la prova dell'origine illecita fornita dall'accusa). La possibilità di rinunciare alla connessione temporale deve essere l'*ultima ratio*, sempre che si raggiunga una prova indiziaria dell'origine illecita¹⁴⁹.

Anche in seguito alle riforme del 2008 e del 2009 delle misure di prevenzione patrimoniali, del resto, la dottrina¹⁵⁰ e la giurisprudenza di merito continua a chiedere la correlazione temporale¹⁵¹, e in qualche pronuncia anche la Suprema Corte precisando che «*In tema di sequestro preventivo di beni di cui è possibile la confisca, la presunzione di illegittima acquisizione degli stessi da parte dell'imputato deve essere circoscritta in un ambito di ragionevolezza temporale, dovendosi dar conto che i beni non siano "ictu oculi" estranei al reato perché acquistati in un periodo di tempo eccessivamente antecedente*

148. Cass., 12 dicembre 2007 (dep. 22 gennaio 2008), Giammanco N. e Mineo V., n. 3413. Cfr. MAUGERI, op. cit., 189; ID., *Profili di legittimità costituzionale delle sanzioni patrimoniali*, cit., 39 ss.; ID., *Dalla riforma delle misure di prevenzione patrimoniali alla confisca generale dei beni contro il terrorismo*, cit., 425.

149. MAUGERI, *Dalla riforma delle misure di prevenzione patrimoniali alla confisca generale dei beni contro il terrorismo*, cit., 473; conforme GIALANELLA, *Un problematico punto di vista*, cit., 386 s. In tale direzione, almeno in parte, la Suprema Corte – Cass., 11 dicembre 2008, n. 47798, C. e altro, in *Dejure* – ha affermato che «*pur rimanendo valido l'insegnamento di questa Corte per cui occorre verificare se i beni da confiscare siano entrati nella disponibilità del proposto non già anteriormente, ma contestualmente o successivamente al suo inserimento nel sodalizio mafioso*», si ritiene che «la pure innegabile necessità di un nesso temporale tra manifestazione della pericolosità qualificata ed acquisizione dei beni non va riferita alle risultanze del processo penale, ma al quadro indiziario posto a base dell'autonomo processo di prevenzione, il cui "perimetro cronologico" ben può essere diverso da quello del giudizio penale (Cass., Sez. I, 4 luglio 2007, Richichi e Vadala; Cass., Sez. I, 5 ottobre 2006 n. 35481, Gashi) ed addirittura estendersi ai beni acquistati prima dell'inizio dell'appartenenza ad associazione mafiosa, sempre che essi costituiscano presumibile frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego, nel senso che esista una chiara connessione dei beni con un'attività illecita senza che rilevi distinguere se tale attività sia o meno di tipo mafioso (Cass., Sez. I, 15 gennaio 1996, Anzelmo, Rv. 204036; Sez. II, 26 gennaio 1998, Corsa, Rv. 211435; Sez. II, 6 maggio 1999, Sannino, Rv. 213853)». Conforme Cass., 4 luglio 2007, n. 33479, *ivi*; in tale direzione Cass., 4 febbraio 2010, Quartararo, Rv. 246084.

150. GIALANELLA, *Un problematico punto di vista*, cit., 368.

151. Trib. Napoli, Sez. app. mis. prev., 6 luglio 2011 (dep.), Pres. ed est. Menditto: «Questo Tribunale (cfr. decreto n. 276/2010 del 5.11/9.12.10), nell'esaminare il tema dell'operatività del principio di applicazione disgiunta introdotto dal d.l. 92/08, conv. in l. 125/92, ha avuto modo di affermare che *deve ritenersi più rispondente al sistema della prevenzione la necessaria correlazione temporale fra gli indizi di carattere personale sull'appartenenza del soggetto ad una associazione di tipo mafioso (ovvero di manifestazione della pericolosità per le varie categorie di persone nei confronti delle quali è oggi consentita la misura patrimoniale) e l'acquisto dei beni, dovendo verificarsi se i beni da confiscare siano entrati nella disponibilità del proposto, non già anteriormente, ma successivamente o almeno contestualmente al suo inserimento nel sodalizio criminale (ovvero alla manifestazione della pericolosità). L'organo inquirente deve provare [...] 3. che il valore dei beni sequestrati sia sproporzionato al reddito dichiarato o all'attività economica svolta dal proposto, ovvero siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego [...] Orbene, la lettura coordinata delle suddette norme, pone in evidenza che, per la legge, ciò che rileva ai fini della confisca, è solo la prova della pericolosità e della illegittima provenienza dei beni (sentenza n. 20906/09)*».

alla commissione di quest'ultimo»¹⁵². O, comunque, la Suprema Corte, anche laddove, pur aderendo all'orientamento che richiede la connessione temporale, ammette che se ne possa prescindere, ribadisce la necessità della prova dell'origine illecita: «La corte distrettuale invero dimentica che il giudice di legittimità, anche quando ha teorizzato la non necessità di una contemporaneità cronologica tra accumulazione di beni e condotte illecite, ha rimarcato la necessità di dar conto se i beni che si intenda confiscare siano nella disponibilità del proposto in misura sproporzionata rispetto al reddito e degli stessi non sia stata provata la legittima provenienza». Si richiede «un protocollo valutativo che dia contezza: - in primo luogo, del perché debba ravvisarsi una matrice illecita specifica dei beni confiscati [...], anche, ma non esclusivamente, in ragione dell'epoca della genesi di ognuno di essi»¹⁵³.

La richiesta di una stringente prova dell'origine illecita cerca di delimitare le conseguenze del sistema che si è delineato con le riforme del 2008 e del 2009, che consentono di confiscare i beni anche dopo anni dal verificarsi dei presupposti che fanno rientrare il proposto tra i destinatari delle misure di prevenzione – la condanna, un'imputazione, un procedimento di prevenzione –, dando vita a un circuito sanzionatorio senza fine, in base al quale il soggetto, ormai *stigmatizzato*¹⁵⁴, può vedere i suoi beni sottoposti a un procedimento di prevenzione patrimoniale in qualunque momento; anche nel caso in esame il proposto aveva già subito, contestualmente al patteggiamento, la confisca di quote sociali e beni mobili ritenuti in relazione con gli addebiti a lui contestati, ai sensi dell'art. 12 *sexies* d.l. 306/92, e con il procedimento in esame si vogliono apprendere ulteriori beni¹⁵⁵.

Nonostante tali delimitazioni rimangono, comunque, tutte le perplessità, avanzate in altra sede, circa la conformità alle garanzie penalistiche di un procedimento di prevenzione e di una forma di confisca che rischia di trasformarsi in una vera e propria *actio in rem*¹⁵⁶. La sentenza in esame tenta la stessa magia che vorrebbe realizzare la Proposta di Direttiva nella versione emendata dalla Commissione LIBE, nel senso che si vorrebbe promuovere l'adozione di un modello di *actio in rem* penalistico, rispettoso delle garanzie della materia penale. Anche in tale Proposta emendata, infatti, in linea con la Risoluzione del Parlamento Europeo del 25 ottobre 2011¹⁵⁷, si propone l'adozione di una vera e propria *actio in rem* che consente di aggredire il patrimonio di origine sospetta indipendentemente dal processo penale *in personam*, diversamente dalla versione originaria della Proposta che prevede la possibilità di applicare la confisca senza condanna solo in alcune ipotesi delimitate in cui non è possibile procedere *in personam* perché il reo è deceduto, è affetto da malattia permanente o quando la fuga o la malattia non consente di agire in tempi ragionevoli¹⁵⁸; e anche in tale Proposta emendata si

152. Cass., Sez. I, 11 dicembre 2012, n. 2634, C. e altro, in *Dejure*.

153. Cass., Sez. VI, 24 febbraio 2011, n. 25341, Meluzio, in *Dir. pen. cont.*, 30 giugno 2011.

154. Cfr. MAUGERI, *Dalla riforma delle misure di prevenzione patrimoniali alla confisca generale dei beni contro il terrorismo*, cit., 451: «Una volta "indiziato" il soggetto, il suo patrimonio acquisterà il perenne status di "mafiosità" o di "sospettato"; si potrà in qualunque momento procedere nei confronti del patrimonio di un soggetto che nel passato sia stato sottoposto a condanna o a misura di prevenzione».

155. Cass., Sez. V, 13 novembre 2012, n. 14044, O., cit., 5; cfr. Cass., Sez. V, 28 aprile 2010, n. 22626, che precisa che «Orbene, la decisione conclusiva del procedimento di prevenzione patrimoniale, L. n. 575 del 1965, ex art. 2 *ter* ha effetto preclusivo su un eventuale procedimento, avente ad oggetto gli stessi beni ed in danno della stessa persona, per la confisca D.L. n. 306 del 1992, ex art. 12 *sexies* conv. in L. n. 356 del 1992, in mancanza di deduzione di fatti nuovi modificativi della situazione definita (ad es. Cass., Sez. I, 18 novembre 2008, n. 44332)».

156. MAUGERI, *Dalla riforma delle misure di prevenzione patrimoniali alla confisca generale dei beni contro il terrorismo*, cit., 456 ss.; MANGIONE, *La confisca di prevenzione dopo i "due" pacchetti-sicurezza*, cit., 61 ss.; D'ASCOLA, *Il progressivo sdoppiamento della confisca come risposta dell'ordinamento al fatto-reato e come strumento di controllo delle manifestazioni sintomatiche di pericolosità «patrimoniale»*, in Bargi - Cisterna (a cura di), *La giustizia penale patrimoniale*, Torino, 2011, 125-152, il quale esprime timori per la violazione dei diritti di difesa e del contraddittorio derivanti dalla separazione delle misure personali dalle patrimoniali; MIUCCI, *Profili di problematicità del procedimento di prevenzione in materia di mafia*, in *questa Rivista*, 2013, 1, 182 ss.

157. BALSAMO - LUCCHINI, *La risoluzione del 25 ottobre 2011 del Parlamento Europeo: un nuovo approccio al fenomeno della criminalità organizzata*, in *Dir. pen. cont.*, 26 gennaio 2012.

158. Nella versione originaria viene proposta l'adozione di una sorta di procedimento "autonomo" che consente di aggredire i profitti illeciti solo in specifiche situazioni in cui non sia possibile procedere *in personam*, un modello in parte recepito anche in ordinamenti fondamentalmente garantisti come quello tedesco, che non conoscono l'*actio in rem*; si richiede che il proprietario sia sospettato o accusato, escludendo i casi in cui il sospettato non sia identificato, e la Corte deve ritenere che, se l'indagato o imputato avesse potuto essere processato, il procedimento avrebbe potuto portare ad una condanna

definisce la confisca senza condanna come sanzione “penale” e si richiede l’applicazione delle garanzie della “materia penale” previste dalla CEDU a tale forma di confisca e al relativo procedimento “giurisdizionalizzato”¹⁵⁹.

In ogni caso proprio la considerazione che si tratta di una confisca avente natura sanzionatoria dovrebbe indurre al pieno rispetto della giurisdizionalità del procedimento in materia, nel rispetto del monopolio del giudice penale¹⁶⁰. In una prospettiva di giurisdizionalizzazione del procedimento sarebbe auspicabile che si avesse il coraggio di sottoporre la proposta della misura di prevenzione patrimoniale del questore e del Direttore della DIA al filtro del pubblico ministero per evitare duplicazione di fascicoli e proposte scarsamente fondate. Nel Progetto Fiandaca sulla riforma delle misure di prevenzione¹⁶¹ si considerava “titolare dell’azione” solo il pubblico ministero in un’ottica di giurisdizionalizzazione conforme al principio della divisione dei poteri.

L’adozione, comunque, delle misure di prevenzione patrimoniali laddove gli indizi, di appartenenza ad un’organizzazione criminale o di consumazione di altri crimini, siano talmente risalenti da non comportare più una valutazione di attualità della pericolosità sociale, nonché l’applicazione delle misure patrimoniali anche in relazione ai soggetti a pericolosità generica – come esaminato –, finirà per consentire alle autorità competenti di applicare la confisca in una sorta di vera e propria *actio in rem*, in presenza dei meri requisiti indiziari relativi al patrimonio, senza neanche quella valutazione di attualità della pericolosità sociale che contribuiva a fondare la presunzione di illecita accumulazione patrimoniale in capo al proposto¹⁶²; si tratta di uno strumento problematico laddove si afferma il principio che il patrimonio di origine criminale in quanto *pericoloso* o “*tainted*” (contaminato, come richiesto per il *civil forfeiture*), deve essere comunque sottratto al circuito legale anche a scapito dei diritti dei terzi, con il rischio di sacrificare i principi della materia penale, dal principio di proporzione, al principio di colpevolezza, alla presunzione d’innocenza.

Il tutto aggravato dalla considerazione che tale sistema di lotta all’accumulazione illecita non è più ristretto al settore della lotta al crimine organizzato, ma si estende ai proventi derivanti da qualunque crimine attraverso l’applicazione ai soggetti a pericolosità generica, con il rischio di diventare uno strumento “sproporzionato” anche in termini di politica criminale¹⁶³. Sarebbe auspicabile, come evidenziato in altra sede, che la persecuzione del patrimonio *in rem* fosse consentita solo in delle ipotesi limitate, ben tipizzate, per inseguire i patrimoni illegali anche se per ragioni sostanziali o procedurali il reo non può essere perseguito, oppure nel senso che, al fine di evitare facili elusioni della disciplina in materia, sia possibile inseguire questo patrimonio presso i terzi, purché questi non abbiano fornito una controprestazione e siano in mala fede, salvo il rispetto del principio di proporzione¹⁶⁴.

penale, cfr. MAUGERI, *La proposta di direttiva UE*, cit., 198 ss.; MANGIARACINA, *op. cit.*, 376 la quale evidenzia i problemi che anche nella versione originaria pone l’*actio in rem* in relazione alla garanzia del diritto di difesa personale dell’imputato; Cfr. ECBA, *Statement on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the Freezing and Confiscation of Proceeds of crime in the European Union*, in www.ecba.gov, 5 che è fortemente critico nei confronti della confisca senza condanna, che viola i principi di presunzione d’innocenza, *ne bis in idem* e il diritto al pacifico godimento del diritto di proprietà.

159. Cfr. MAUGERI, *L’actio in rem assurge a modello di “confisca europea” nel rispetto delle garanzie CEDU?*, cit., in *Dir. Pen. cont.*, 17 luglio 2013, e in *questa Rivista*, 2013, 3, 252.

160. Cfr. sulla problematicità del procedimento di prevenzione in relazione all’art. 111 Cost. MANGIONE, *Le misure di prevenzione anti-mafia al vaglio dei principi del giusto processo: riflettendo sull’art. 111 Cost.*, in Cassano (a cura di), *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il “pacchetto sicurezza”*, cit., 20 ss.

161. Progetto elaborato dalla Commissione ministeriale presieduta dal Prof. Fiandaca, presentato nel marzo del 2001 al Ministro della giustizia in versione non definitiva.

162. SCARPINATO, *op. cit.*, 254.

163. Cfr. sulla violazione del principio di proporzione, anche in termini di analisi costi-benefici, MAUGERI, *op. cit.*, 680 ss.; da ultimo EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema delle responsabilità degli enti*, Padova, 2011, 16.

164. Per una più ampia valutazione della riforma delle misure di prevenzione patrimoniali sia consentito il rinvio a MAUGERI, *Dalla riforma delle misure di prevenzione patrimoniali alla confisca generale dei beni contro il terrorismo*, cit., 456 ss.

La Cassazione alla prova dello *spamming*, tra presunzioni e torsioni

Nota a Cass., Sez. III, 24 maggio 2012 (dep. 15 giugno 2012), n. 23798, Pres. De Maio, Rel. Mulliri

SOMMARIO

1. PREMESSA. – 2. LA VICENDA. – 3. LO SPAMMING COME ILLECITO PENALE. – 3.1. IL NOCUMENTO (*IN RE IPSA*) DA SPAMMING. – 3.2. LA QUALIFICAZIONE GIURIDICO-PENALE DELL'EVENTO NOCUMENTO. – 3.3. CONSIDERAZIONI (RIEPILOGATIVE E) CONCLUSIVE: LA SELEZIONE VERSO IL BASSO DELLA TIPICITÀ DEL NOCUMENTO NELLA LOGICA DELL'“UNO, NESSUNO E CENTOMILA”. – 4. SULLA CONSUMAZIONE DELLA FRODE INFORMATICA: OVVERO QUANDO I DUE MOMENTI DELLA CONDOTTA E DELL'EVENTO SI SOVRAPPONGONO. – 4.1. UNA QUESTIONE ANTICA: OVVERO DI UNA GATTOPARDIANA MODERNITÀ.

1 PREMESSA

La pronuncia in esame sembra prestarsi a un duplice livello di comprensione. Uno, per così dire, *manifesto*, suggellato da un approccio alle questioni volto a evidenziare la peculiarità della materia (*id est*, quella afferente al contesto telematico) quale fattore di giustificazione delle conclusioni raggiunte. E un altro, tendenzialmente *sotteso*, in cui si disvela l'utilizzazione di schemi presuntivi in funzione strumentale rispetto alle conclusioni, secondo un modello operativo prospettabile come vero e proprio *fil rouge* della sentenza, con le conseguenti torsioni sul piano della presunzione di non colpevolezza.

Due sono i profili che riflettono tale fenomeno:

- a) l'accertamento del «nocumento» all'interno della fattispecie di cui all'art. 167, comma 1, d.lgs. 196/2003 («Trattamento illecito di dati»);
- b) l'individuazione del momento perfezionativo della fattispecie di «Frode informatica» prevista dall'art. 640 *ter* c.p., che, inizialmente contestata e poi esclusa, radicava la competenza territoriale in quanto reato più grave.

2 LA VICENDA

Tra le società “Clever” e “Buongiorno Vitaminic” vigeva un contratto di concessione di spazi pubblicitari della prima a favore della seconda relativamente a un sito internet, denominato “www.fuorissimo.it”, al quale era abbinato un servizio di *newsletter* (“Fuorissimo Day”) contenente un *database* di 457.058 iscrizioni.

Il sito era stato creato dalla “Clever”, la quale, non avendo l'hardware necessario, si era appunto rivolta alla “Buongiorno Vitaminic”, quale importante operatore del settore (in specie, diffusione e funzionamento siti) affinché lo gestisse attraverso i server di cui disponeva.

La “Buongiorno Vitaminic”, dopo aver (d'improvviso) risolto unilateralmente il contratto con la “Clever” (così escludendola dalla possibilità di accedere al proprio sito), aveva effettuato un trattamento dei dati personali degli iscritti alla newsletter senza il consenso della “Clever” e senza informare questi ultimi della cessazione della lista “Fuorissimo Day”, continuando a recapitare a costoro ulteriori newsletter non richieste, quali ad esempio quella denominata *What's New*, che pubblicizzava propri servizi.

Agli imputati (l'amministratore delegato e il responsabile del trattamento dei dati

della “Buongiorno Vitaminic”) erano stati contestati originariamente, oltre all’art. 167, comma 1, d.lgs. 196/93, anche l’art. 640 *ter* c.p., ma il Tribunale ha ritenuto sussistente solo la prima fattispecie, assolvendo gli imputati per la seconda. La Corte d’appello, per quel che ora ci riguarda, ha confermato le conclusioni del giudice di primo grado.

3

LO SPAMMING COME ILLECITO PENALE

Attraverso il termine *spamming* si suole descrivere un fenomeno ben noto a tutti: l’invio a mezzo *e-mail* di materiale pubblicitario non richiesto e, spesso, non desiderato¹.

Si apprende che il significato originario del termine *spamming*, diversamente dall’esito della sua usuale traduzione, non è quello di “spazzatura”. Pare infatti che esso indichi propriamente una qualità di carne in scatola utilizzata come rancio presso i militari USA e che il suo uso debba essere ricollegato ad un episodio della serie televisiva “Monty Python’s”, dove la parola, ripetuta in continuazione da un gruppo di vi-chinghi presenti in un fast food, assumeva la carica di un vero e proprio tormentone². Si è poi osservato come l’attività di *spamming* abbia normalmente per presupposto il reperimento di indirizzi *e-mail*, raccolti presso siti dove ai visitatori si richiede una previa registrazione per potersi avvalere di un servizio oppure recuperati in maniera occulta attraverso *softwares* capaci di individuarli nella rete all’interno di spazi pubblici, quali *newsgroup* o *chat-room*³.

Dalla pronuncia in esame discende che un siffatto comportamento assume rilevanza penale quando integri gli elementi costitutivi della fattispecie di «Trattamento illecito di dati» prevista dall’art. 167, comma 1, d.lgs. n.196 del 2003 (cd. Codice della privacy)⁴.

Come anticipato, la società “Buongiorno Vitaminic”, senza il consenso degli iscritti e senza informarli della cessazione della lista *Fuorissimo Day*, continuava a recapitare agli stessi altre *newsletter*, pubblicizzando i suoi servizi. Agli imputati, in buona sostanza, veniva contestata un’azione di *spamming* tramite invio di una *newsletter* a soggetti che non l’avevano richiesta; ciò che, tradotto in termini giuridico-penali, corrisponderebbe all’effettuazione di un trattamento (*id est*, utilizzazione) di dati personali in violazione degli artt. 23, 129 e 130 del suddetto decreto.

Numerosi provvedimenti del Garante, come tali non vincolanti per l’autorità giudiziaria, già nelle more dell’adozione del testo unico, hanno chiarito che gli indirizzi di posta elettronica costituiscono dati personali e che l’eventuale ampia disponibilità e conoscibilità di fatto non conferisce ai medesimi natura pubblica. In altri termini, essi non sono liberamente utilizzabili, in particolare attraverso l’invio di informazioni di qualunque genere (anche se non specificamente a carattere commerciale o promozionale), senza un preventivo consenso.

Nel provvedimento in questo senso più noto, il Parere del 29 maggio 2003, presentato alla stampa col titolo «Lo *spamming* a fini di profitto è reato», l’Autorità premetteva, sulla scorta di un riepilogo dei propri precedenti interventi, che il principio del consenso preventivo doveva considerarsi vincolante sin da subito, ossia prima dell’entrata in vigore (1 gennaio 2004) delle disposizioni del Codice della *privacy*, normativa che, recependo la Direttiva 2002/58/CE, relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche e nota anche per aver introdotto un divieto espresso dello *spamming* diretto ai privati cittadini, lo prevede espressamente all’art. 130. Pertanto l’Autorità concludeva che, nell’ipotesi in cui il trattamento senza consenso fosse realizzato al fine di

1. Così MAGRO, *Internet e privacy. L’utente consumatore e modelli di tutela penale della riservatezza*, in *Ind. pen.*, 2005, 940.

2. Cfr. PIRANI in www.antiphishing.it.

3. Cfr. LUCCHI, *Comunicazioni indesiderate: lo spamming tra razionalizzazione delle norme esistenti e pronunce dell’autorità di garanzia*, in *Studium iuris*, 2004, 457.

4. La Cassazione (Cass., 30.6.2010, n. 24510), ha di recente escluso la configurabilità della contravvenzione prevista dall’art. 660 c.p. («Molestia o disturbo alle persone») sul presupposto che la comunicazione per posta elettronica utilizza sì la rete telefonica, ma non il mezzo del telefono. Essa inoltre corrisponde a una modalità di comunicazione “asincrona”, ossia non determinante alcuna immediata interazione tra mittente e destinatario e dunque alcuna intrusione del primo nella sfera di tranquillità del secondo. Si è inoltre osservato come la diversità tra comunicazione telefonica e comunicazione telematica risulti anche dagli artt. 617 *bis* ss., c.p. dove le interferenze a tali due tipologie di modalità comunicative sono previste e punite da fattispecie distinte e autonome (così BASILE, *Art. 660*, in Dolcini-Marinucci (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2011, 6699).

trarne un profitto, in corrispondenza dunque con una delle finalità contemplate nella previgente fattispecie di «Trattamento illecito di dati personali» di cui all'art. 35 Legge n. 675 del 1996, il trasgressore sarebbe andato incontro alla sanzione penale ivi prevista, laddove invece, in assenza di tale specifica finalità, sarebbe stato passibile di una semplice sanzione amministrativa pecuniaria⁵.

L'art. 167 del Codice della *privacy* è norma, sul piano strutturale, per molti versi peculiare.

La condotta, solo in apparenza descritta in via autonoma dalla disposizione penale attraverso l'uso dell'espressione «procede al trattamento» associata all'oggetto materiale «dato personale», si rivela invero ritagliata sul vecchio modello della violazione di norme (di disciplina) extrapenali, che, richiamate attraverso la famigerata tecnica del rinvio, qualificano la modalità di trattamento penalmente rilevante.

È stato così evidenziato un duplice livello di problematicità, al quale qui si può fare solo cenno.

Il primo, riferito al significato da attribuire al termine «trattamento», la cui nozione, delineata dalla corrispondente norma definitoria di cui all'art. 4, comma 1, lett. a) attraverso l'indicazione di un ricco elenco di operazioni⁶, sollecita sul piano penalistico interpretazioni correttive delle sue pur presenti ambiguità, volte, in ultima analisi, alla costruzione di un significato autonomo (rispetto alla definizione normativa), funzionale allo scopo e al contenuto della norma penale⁷. Il secondo, derivante dalla necessità di procedere all'inserzione nella norma penale di quella extrapenale, quale parametro di illiceità della condotta: per fare un esempio che ci interessa da vicino, il trattamento del dato personale in violazione dell'art. 23 del decreto è quello effettuato senza il previo consenso dell'interessato o con la sua acquisizione in forma diversa da quella prescritta, con l'effetto dunque di imporre una prospettiva di tutela sanzionatoria formalistica, calibrata su profili anche «burocratici», non direttamente incidenti sull'interesse tutelato⁸.

Posto ciò, al fine di meglio inquadrare il nostro caso nella fattispecie penale del «Trattamento illecito di dati», richiamiamo, sempre per cenni, il contenuto delle altre norme extrapenali la cui violazione è stata assunta come rilevante dalla Corte.

L'art. 129 prescrive l'osservanza del provvedimento del Garante in ordine alla «modalità di inserimento e di successivo utilizzo dei dati personali relativi agli abbonati negli elenchi cartacei o elettronici a disposizione del pubblico»; attraverso il medesimo provvedimento sono individuate anche idonee modalità per la manifestazione del consenso all'inclusione negli elenchi e all'utilizzo dei dati.

L'art. 130, nel vietare le «comunicazioni indesiderate», ossia «L'uso di sistemi automatizzati di chiamata senza l'intervento di un operatore per l'invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta o per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale» in difetto del consenso dell'interessato, fa riferimento anche alle «comunicazioni elettroniche», effettuate per le medesime finalità, «mediante posta

5. Per un dettagliato *excursus* dei vari interventi dell'Autorità, reperibili su www.garanteprivacy.it, si veda LUCCHI, *op. cit.*, 458 ss. Nel senso dell'esclusione, sino all'entrata in vigore del Codice della *privacy*, della necessità del consenso preventivo in merito al «trattamento di indirizzi di posta elettronica posto in essere in relazione allo svolgimento di attività economiche a fini commerciali e di invio di materiale pubblicitario», e dunque per una critica alla posizione espressa dal Garante, si vedano le argomentazioni di BLENGINO-SENOR, *Lo spamming a fini di profitto non costituisce reato*, in www.penale.it alla url http://www.penale.it/commenti/blengino_senor_01.htm (31.10.2003).

6. Ai sensi della richiamata disposizione, per trattamento si intende: «qualunque operazione o complesso di operazioni, effettuati anche senza l'ausilio di strumenti elettronici, concernenti la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la conservazione, la consultazione, l'elaborazione, la modificazione, la selezione, l'estrazione, il raffronto, l'utilizzo, l'interconnessione, il blocco, la comunicazione, la diffusione, la cancellazione e la distruzione di dati, anche se non registrati in una banca di dati».

7. Cfr. CORRIAS LUCENTE, *La nuova normativa penale a tutela dei dati personali*, in CARDARELLI-SICA-ZENO-ZENCOVICH, *Il codice dei dati personali*, Milano, 2004, 634 ss.

8. Cfr. MANNA, *Il quadro sanzionatorio e amministrativo del codice sul trattamento dei dati personali*, in *Dir. inf.*, 2003, 756; PICOTTI, *Sistematica dei reati informatici, tecniche di formulazione legislativa e beni giuridici tutelati*, in *Il diritto penale dell'informatica all'epoca di internet*, Padova, 2004, 67 ss.; DEL CORSO, *Illeciti penali*, in *La protezione dei dati personali-Commentario al D.Lgs. 30 giugno 2003*, n.196, a cura di BIANCA-BUSNELLI, 2007, 2059.

elettronica, telefax, messaggi di tipo Mms o Sms o di altro tipo».

La tipicità del reato previsto all'art. 167 d.lgs. n.196 del 2003 si compone infine delle finalità di «profitto» o di «danno» – figure alle quali è riconosciuta una dimensione concettuale “aperta”⁹, non limitata cioè al significato patrimoniale (nella prima ipotesi) ovvero giuridico o economico (nella seconda)¹⁰ – e dell'evento «nocumento», figura che, posta in correlazione causale con la condotta orientata ai predetti fini, era nella fattispecie previgente contemplata quale circostanza aggravante.

3.1

IL NOCUMENTO (IN RE IPSA) DA SPAMMING

La doglianza dei ricorrenti circa l'assenza del *nocumento* (e di motivazione sul punto) nella fattispecie concreta chiama i giudici della Cassazione a un approfondimento sul significato da attribuirvi. E così, la Corte riempie di contenuto la figura del *nocumento* di cui all'art. 167 del Codice della *privacy*, riconoscendovi, anche sulla scorta dei precedenti giurisprudenziali, il significato “aperto” condiviso (nella medesima disposizione) dal *danno*, ma soprattutto – ed è forse questo il passaggio più significativo della pronuncia – ravvisandone uno specifico “da *spamming*”.

Nella prima prospettiva, si esclude che il danno «ed, *a fortiori*, il nocumento» debbano avere necessariamente natura patrimoniale, e a sostegno di tale lettura si richiama la pronuncia che ha affermato la tutelabilità degli interessi, com'è evidente non strettamente economici, dei familiari di una persona deceduta, la cui immagine in stato morente era stata illecitamente diffusa¹¹.

Più in generale, l'estensione contenutistica della figura è provata da un'ulteriore pronuncia, che la Corte richiama, vertente sulla diffusione su un sito internet delle immagini (tratte da una videocassetta) ritraenti una giovane ragazza mentre si esibisce in uno spogliarello, nonché del suo numero di cellulare, effettuata dal suo *ex* fidanzato, ovviamente senza il consenso di lei. Ivi, il nocumento della vittima si sarebbe manifestato «(...) sotto forma di lesione della sua tranquillità e della sua immagine sociale»¹².

All'ampiezza concettuale della figura fa da *pendant* l'allargamento della sua rilevanza soggettiva. La Corte conclude che «(...) il nocumento derivante dal fatto dell'illecito trattamento dei dati può andare oltre e colpire anche soggetti terzi che, sebbene non titolari del bene giuridico protetto dalla norma, hanno – appunto – ricevuto “nocumento” dalla condotta illecita». Dunque, nel nostro caso, ad essere investiti dal nocumento non sono solo i soggetti i cui dati personali erano illecitamente utilizzati per scopi pubblicitari dalla “Buongiorno”, ma anche la stessa “Clever”, definita come «incolpevole *partner* del trattamento dei dati personali», la quale può dolersi di un danno alla propria immagine: come dimostrano le proteste ricevute da parte degli iscritti alla sua *newsletter*, i quali avevano autorizzato solo la “Clever” al trattamento dei propri dati personali, ma avevano ricevuto *newsletter* pubblicitarie di altro operatore. Nello stesso senso la poc'anzi richiamata pronuncia relativa alla diffusione di immagini di un soggetto morente, dove al nocumento «arrecato al diritto della giovane vittima di vivere gli ultimi momenti della propria esistenza al riparo della morbosità curiosa di terzi» si accompagna quello causato a soggetti terzi: «non può disconoscersi il danno morale dei familiari, che hanno subito la dolorosa esposizione alla pubblica curiosità del corpo martoriato della propria congiunta».

9. Per tutte, da ultimo, Cass. pen., sez. III, 26.3.2004, n. 28680 (in relazione alla diffusione su un sito internet delle immagini senza veli di una giovane ragazza, tratte da una videocassetta, insieme al suo numero di cellulare, effettuata dal suo *ex* fidanzato) e Cass., sez. III, 1.6.2011, n. 21839 (vertente su un caso di diffusione attraverso una *chat-line* pubblica dell'utenza personale cellulare della persona offesa con la quale l'imputato stava dialogando *online*).

10. Pertanto, lo spazio di operatività della disposizione, sotto questo profilo, si estende al di là dei confini segnati dalle variazioni del patrimonio, concependo quest'ultimo anche secondo la lettura *giuridica*. Su tali figure, la cui elaborazione concettuale si deve in particolare alla teorica sviluppata in materia di reati contro il patrimonio, torneremo in modo più approfondito nel §4.

11. Cass., sez. III, 17.2.2011, n. 17215.

12. Cass., sez. III, 26.3.2004, n. 28680, cit.

Posto ciò, prima di approfondire la specifica prospettiva aperta dalla Corte circa il nocumento da *spamming*, possiamo tirare le fila della riflessione intorno al significato della figura, rilevando come le direttrici offensive in essa rinvenute siano duplici e riguardino la *persona* e il *patrimonio*. Detto altrimenti, il pregiudizio proprio del nocumento può interessare, secondo la evidenziata varietà di manifestazioni, la *persona* in quanto tale oppure il suo *patrimonio*.

Ebbene, la molteplicità di forme che può assumere il nocumento è arricchita dalla *species* riscontrabile nel caso di *spamming*, la quale si innesta nella direttrice offensiva di stampo *personale* poc'anzi richiamata.

L'esperienza comune a chiunque sia titolare di un indirizzo di posta elettronica dimostra come rappresenti una perdita di tempo l'attività necessaria a controllare *mail* di nessun interesse per poi cestinarle ovvero a espletare le procedure per evitare comunicazioni successive dello stesso tipo.

La Corte denota un'evidente sensibilità all'esperienza concreta dei cd. internauti, condividendo a pieno la posizione del giudice di primo grado, il quale esemplificava il tipo di nocumento rilevante attraverso il richiamo alla «(...) perdita di tempo nel vagliare *mail* indesiderate e nelle procedure da seguire ulteriori invii».

Gli ermellini descrivono il fenomeno pregiudizievole in termini di «(...) fastidio per la necessità di cancellare la posta indesiderata», nonché di «messa in pericolo della *privacy*, attesa la circolazione non autorizzata di dati personali (diversamente "catturabili" per scopi illeciti)». Insomma, il nocumento è contestualmente *perdita di tempo* e *esposizione al pericolo* della propria *privacy*, stante ad esempio il rischio, evidenziato in sentenza, di finire in *black list*.

Rilievo centrale assume poi nella pronuncia il tema della prova del nocumento da *spamming*.

I ricorrenti, richiamando anche la giurisprudenza della Corte che richiede ai fini del perfezionamento del pregiudizio un "vulnus" significativo alla persona offesa¹³, concludono che nella specie il nocumento non si sarebbe verificato dal momento che le persone sentite sul punto hanno escluso di aver ricevuto un fastidio di qualsivoglia natura dalla ricezione delle *mail* da parte della "Buongiorno" non previamente assentite.

La Corte, evidenziato prima il carattere non episodico e quantitativamente rilevante dell'illecito trattamento (in sede di perizia è stato accertato l'utilizzo di almeno il 39% dei dati acquisiti su una base complessiva di 457.058 iscritti alla *newsletter* *Fuorissimo Day*), sottolinea poi l'esiguità numerica del campione di soggetti sedicenti "non infastiditi" dall'invio abusivo di *mail* e richiamata l'esperienza della "Clever", che a seguito dell'accaduto aveva ricevuto *mail* di protesta dagli iscritti alla *newsletter*, osserva infine come sia «erronea la pretesa di considerare questa fattispecie al pari di altre meno peculiari» e, pertanto, in tema di accertamento del pregiudizio, segue una diversa impostazione metodologica.

La questione centrale sul piano probatorio è quella relativa alla necessità o meno di fornire dimostrazione del nocumento identificando ed escutendo le persone raggiunte da *mail* indesiderate.

Già in ordine alla doglianza dei ricorrenti sollevata in merito alla determinatezza dell'accusa, la Corte, messa in risalto la peculiarità del traffico telematico (la singolarità dell'identificazione dei soggetti sia nominativamente sia come recapiti, l'estrema rapidità di diffusione della posta elettronica etc.), conclude che subordinare la precisione dell'accusa all'indicazione dei nomi dei destinatari degli invii indesiderati ovvero alla descrizione nel dettaglio del volume e della frequenza dei medesimi invii significherebbe rendere impossibile la contestazione del reato: «non essendo nemmeno ipotizzabile la complessità dello sforzo investigativo per identificare, uno per uno, i soggetti fisici

13. Cfr. Cass., sez. V, 25.6.2009, n. 40078; Cass., sez. III, 28.5.2004, n. 30134.

corrispondenti ad “identificativi” o “indirizzi mail” e, magari – *ai fini della prova del nocumento*¹⁴ – (...) contattarli, tramite p.g., per accertare o meno il gradimento della ricezione». Del resto, nella specie, secondo i giudici, non sussisteva incertezza circa l’oggetto della contestazione, dal momento che i ricorrenti erano in grado di comprendere agevolmente i fatti relativamente ai quali l’accusa era formulata.

Tornando al tema della prova del nocumento, la disposizione risulterebbe inapplicabile – questa è l’argomentazione della Corte – ove si scegliesse di procedere all’identificazione e all’escussione di tutte o gran parte delle persone offese, trattando in tal modo la fattispecie in esame «come una qualsiasi forma di frode materiale ordinaria». Significativa, in tal senso, la parte conclusiva del ragionamento: «(...) in fattispecie di tal fatta, per il numero delle persone e le caratteristiche non certo estemporanee dell’attività di propaganda – attuata e da attuare – il *vulnus* è di tale entità da potersi quasi definire *in re ipsa*».

Un cenno finale merita la riflessione – la quale conferma la sensibilità della Corte alle prassi tipiche del traffico telematico – circa un fenomeno che di frequente accompagna l’invio massiccio di *mail* a contenuto pubblicitario e che viene utilizzato dai ricorrenti quale argomento per ribaltare il piano della responsabilità: la cd. *mail welcome*, vale a dire la missiva telematica priva di contenuto pubblicitario con la quale è spiegata all’utente la modalità di utilizzo del pannello di controllo per la gestione delle proprie iscrizioni e cancellazioni dalla lista e viene preannunciato l’invio periodico di informazioni pubblicitarie.

Dando credito all’argomento-*escamotage* fondato sull’“avviso” in cui si sostanzia la *mail welcome* – rileva la Corte – si finirebbe per trasferire sull’utente, destinatario degli invii indesiderati, «l’onere di precisare (con procedure che, magari a chi non è tanto esperto possono risultare complicate) che non intende più ricevere altre *mail* da quel mittente»; quando, invece, il *problema* non deve ricadere su chi riceve la *newsletter* non richiesta, bensì solo su chi invia la *mail*: costui ha «il dovere di accertarsi previamente della disponibilità del destinatario a riceverla acquisendone, come prescritto dalla norma, il consenso».

La *mail welcome* acquista allora «un senso solo se rivolta a chi abbia già dato il proprio assenso a ricevere la corrispondenza a quel certo mittente» e, in caso contrario – laddove cioè il destinatario che non abbia prestato il consenso riceva tale *mail* e non si cancelli dalla lista – non esclude il perfezionamento del reato.

3.2

LA QUALIFICAZIONE GIURIDICO-PENALE DELL’EVENTO *NOCUMENTO*

La presenza in fattispecie dell’evento *nocumento* pone all’interprete la ben nota alternativa “elemento costitutivo o condizione obiettiva di punibilità”, opzione che dovrebbe servire principalmente alla definizione del regime d’imputazione soggettiva dell’evento.

La decifrazione della fenomenologia offensiva racchiusa nell’art. 167, comma 1, del d.lgs. 196/2003, e insieme con essa la conseguente qualifica giuridico-penale di taluni elementi della fattispecie, appare invero tutt’altro che agevole, stante la presenza in quest’ultima di tre indici segnaletici: a parte la condotta, che rinvia alle dimensioni di tutela proprie delle norme extrapenalistiche che si assumono violate, troviamo il dolo specifico di profitto o di danno, figure che, come anticipato, recano in sé una latitudine offensiva assolutamente ampia; e infine il *nocumento*, evento segnato da una fenomenologia offensiva altrettanto estesa.

La condotta, in sé considerata, pare inquadrarsi dunque nello spettro offensivo del bene giuridico di categoria – il diritto dell’interessato alla *privacy*, concepita come libertà di escludere l’indiscriminato accesso di terzi ai dati personali e come libertà di rettificare, integrare, limitarne il trattamento¹⁵ – interesse di ispirazione privatistica,

14. Il corsivo è nostro.

15. Sul duplice aspetto in cui si articola l’oggettività giuridica cfr. MANNA, *Commento al Codice della privacy*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 24. Sull’evoluzione

che tuttavia, in virtù del contenuto delle norme extrapenali richiamate, presenta una curvatura pubblicistica – in chiave di tutela della sicurezza dei dati ovvero della “funzione” esplicata dal Garante¹⁶ – condizionante invero il regime di procedibilità della fattispecie (appunto, d’ufficio).

Il dolo specifico, recando in sé un’autonoma proiezione offensiva, sembrerebbe imprimere alla fattispecie la forma del “reato a dolo specifico di ulteriore offesa”¹⁷, dove cioè l’offesa meramente intenzionale si pone in chiave restrittiva dell’illiceità penale di un fatto di per sé offensivo.

Su questo piano, dunque, dovremmo apprezzare la funzione selettiva pertinente alla figura del dolo specifico, nonostante la perplessità nascente dal dato per cui la proiezione offensiva (sopra segnalata come) “aperta”, che in tale contesto lo caratterizza, potrebbe inficiare la stessa logica della selezione, che ne è in generale la *raison d’être*: per quale altro fine l’agente dovrebbe *trattare* illecitamente il dato, se non per conseguire una (generica) utilità ovvero per arrecare un (generico) pregiudizio¹⁸?

Probabilmente, una più compiuta funzione selettiva di ciò che, in quanto già offensivo e dunque *meritevole* di pena, *abbisogna* di pena parrebbe potersi ascrivere alla verifica dell’evento *nocumento*; non a caso concepito, nella legislazione previgente, come evento aggravatore di un delitto a dolo specifico già perfetto e punibile, esemplificativo pertanto di una notevole anticipazione dell’intervento penale. Così ragionando, seguendo cioè le cadenze della coppia concettuale “meritevolezza di pena”/“necessità di pena”, si è già fornita una qualificazione di tale evento in termini di condizione obiettiva di punibilità¹⁹.

La riflessione che si sta svolgendo ha degli intuibili presupposti “taciti” che ne definiscono l’approccio metodologico: l’idea che reato e punibilità rappresentino dei fenomeni concettualmente disgiunti²⁰ e la utilizzazione del criterio sostanziale/funzionale ai fini della distinzione tra (evento-)elemento costitutivo ed (evento-)condizione obiettiva di punibilità, criterio che – com’è noto – si caratterizza in linea di massima per individuare nell’estraneità alla fenomenologia offensiva del reato il *discrimen* tra le due categorie²¹.

Invero, circa la qualificazione del *nocumento* si rinvencono in dottrina due letture interpretative, che giungono a opposte conclusioni, pur partendo dalla comune convinzione secondo cui attraverso l’inserimento del *nocumento* si è inteso dotare la fattispecie di un più pregnante contenuto offensivo.

Salva la notazione, che ci preme svolgere, sul diverso ruolo che l’offensività²² insita nel *nocumento* assume a seconda della qualificazione di esso come elemento costitutivo del fatto tipico o condizione obiettiva di punibilità: nella prima ipotesi definirebbe il disvalore e dunque il contenuto sostanziale del reato, nella seconda darebbe forma alla scelta, ispirata da ragioni di opportunità politico-criminale, di sottoporre a pena un reato già perfetto.

del concetto di riservatezza nella prospettiva segnata dall’avvento di *internet* si veda MAGRO, *op. cit.*, 945 ss.

16. In generale, sul tema della sensibilità della disciplina del trattamento dei dati personali alle istanze di tutela delle funzioni di controllo si veda, SGUBBI, *La tutela della riservatezza: profili penalistici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 753 e VENEZIANI, *I beni giuridici tutelati dalle norme penali in materia di riservatezza informatica e disciplina dei dati personali*, in *Ind. pen.*, 2000, 13.

17. Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale-parte generale*, VII ed., Padova, 2011, 219; PICOTTI, *Il dolo specifico*, Milano, 1993, 556.

18. Cfr. DEL CORSO, *op. cit.*, 2065, il quale, d’altro canto, nota che se alle figure del profitto e del danno si riconoscesse solo una connotazione patrimoniale, la fattispecie avrebbe una portata operativa ingiustificatamente limitata.

19. Cfr., sul punto, per tutti MANTOVANI, *Diritto penale-parte generale*, cit., 804.

20. Per tutti, sull’estraneità delle condizioni obiettive di punibilità al reato, ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004, sub art. 44 c.p.

21. Cfr. MANTOVANI, *op. ult. cit.*

22. Sulla categoria dell’offensività, sulle “prestazioni” assegnate al corrispondente principio, nonché sulla trasversalità delle sue pretese prescrittive, si veda per tutti, MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005.

Chi vi riconosce un elemento costitutivo del reato fonda tale conclusione sulla coincidenza contenutistica tra il fine (il danno) e l'effetto (il nocumento) dell'azione, pur non esitando a sottolineare l'anomalia strutturale di una fattispecie che contempla un medesimo fenomeno quale evento che deve verificarsi e al contempo quale oggetto del dolo specifico (che, dunque, non è richiesto che si verifichi)²³.

Proprio dalla relazione tra le categorie del dolo specifico e delle condizioni obiettive di punibilità col piano del fatto tipico muove la tesi contraria, per la quale risulterebbe appunto incongruo prevedere come evento-elemento costitutivo del reato il fine (*rectius*, uno dei fini) perseguito dal soggetto, fine che, in quanto oggetto del dolo specifico, non è necessario che si realizzi²⁴.

Al riguardo, e in un'ottica generale, si deve osservare come la richiamata incongruità possa trovare una sua risoluzione radicale sul piano interpretativo attraverso la stessa negazione della presenza di un effettivo dolo specifico, quando dall'esame della fattispecie appaia evidente che l'evento esprima *tout court* l'offensività del fatto e dunque richieda una qualificazione in termini di elemento costitutivo, come avviene ad esempio – secondo la dottrina prevalente²⁵ – nella fattispecie di «Insolvenza fraudolenta» in relazione all'inadempimento. Tuttavia, non sembra quello sotto esame un caso analogo: infatti, a differenza della dimensione offensiva espressa dall'art. 641 c.p., la quale appare ai più riconducibile tutta nel quadro unitario della tutela patrimoniale, l'art. 167 – come premesso – sembrerebbe presentare una fisionomia multiforme, stante le diverse direzioni offensive rinvenibili nella condotta, nell'evento e nel dolo specifico.

Da tale angolatura, allora, risulta condivisibile la spiegazione dell'anomalia strutturale che affliggerebbe la disposizione attraverso il riferimento alla volontà legislativa di selezionare *su un duplice piano*, nel novero delle condotte in sé offensive del bene giuridico e dunque in quanto tali meritevoli di pena, quelle rivelatrici del bisogno di pena: un piano “oggettivo”, secondo la logica delle condizioni obiettive di punibilità, e uno “soggettivo”, in conformità alla funzione attribuita al dolo specifico; con l'effetto dunque di riscontrare «un rapporto sinergico» tra le due categorie²⁶.

Per tal via, la proiezione offensiva espressa dal dolo specifico in termini di pericolo per il bene giuridico (o meglio, si direbbe, per uno dei beni giuridici del reato), che in generale dovrebbe richiedere sul piano interpretativo l'accertamento dell'*idoneità* della condotta a realizzare il *fine*²⁷, viene invero collocata al di fuori della dimensione offensiva tipica del reato, su un piano analogo a quello proprio delle condizioni obiettive di punibilità; ciò che peraltro non stride con la peculiare funzione svolta nella nostra fattispecie dal dolo specifico, descritto appunto come “di *ulteriore* offesa”.

Ciò premesso, occorre interrogarsi sulla fisionomia della relazione che intercorre tra le due dimensioni offensive presenti nella fattispecie: quella della condotta ovvero del fatto tipico, e dunque del reato inteso in senso sostanziale; e quella propria della

23. CORRIAS LUCENTE, *op cit.*, 643 ss., secondo la quale dovrebbe essere «(...) chiaro che il trattamento illecito sorretto dal dolo specifico di danno, si risolve, in presenza dell'ulteriore componente del nocumento, in una fattispecie connotata dal dolo di evento, stante la saldatura tra il fine e l'effetto dell'azione».

24. MANNA, *Commento al Codice della privacy*, cit., 23.

25. Per tutti, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale – parte speciale*, vol. II, tomo 2°, *I delitti contro il patrimonio*, V ed., Bologna, 2007, 207; MANTOVANI, *Diritto penale-parte speciale*, vol. II, *Delitti contro il patrimonio*, Padova, IV ed., 2012, 230 ss.

26. Così MANNA, *op. ult. cit.*

27. Nella manualistica, cfr. per tutti MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale-parte generale*, IV ed., Milano, 2012, 417-418. Si deve peraltro osservare come il rischio di connotazione della fattispecie in chiave esasperatamente soggettiva e, dunque, di non rispettare il principio di offensività si avverta in specie per le fattispecie nelle quali il dolo specifico funge da elemento in grado di rendere illecito un fatto altrimenti lecito, i cd. reati a dolo specifico *di offesa* (cfr. MANTOVANI, *Diritto penale-parte generale*, cit., 219; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale-parte generale*, VI ed., Bologna, 2009, 376). Per le riserve critiche nei confronti della categoria, ove intesa come specificazione del solo elemento soggettivo, si vedano MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Milano, 1983, 219 ss.; PICOTTI, *Il dolo specifico*, cit., in specie 501 ss. e 506-508 (da ultimo, ID., *I diritti fondamentali nell'uso ed abuso del social network. Aspetti penali*, in *Giur. mer.*, 2012, 2531 e 2536); GELARDI, *Il dolo specifico*, Padova, 1996, 255 ss. Rileva comunque un «eccesso di oggettivismo causale» nella traduzione del significato *oggettivo* del *fine* in termini (addirittura) di *idoneità* dell'azione, PICOTTI, *Il dolo specifico*, cit., 511 ss., il quale spiega l'incidenza dell'elemento finalistico sulla definizione e offensività del fatto tipico riferendosi all'«interesse causale (di parte)» che deve sottostare *oggettivamente* alla condotta dell'agente, la quale risulta punibile solo in quanto sia *strumentale* alla soddisfazione di tale interesse.

condizione obiettiva di punibilità (e condivisa dal dolo specifico).

Sul punto, la soluzione più immediata sarebbe quella di concludere nel senso della diversità tra le corrispondenti oggettività giuridiche – il diritto alla *privacy* e quella “aperta”, racchiusa nel termine *nocumento* – così distinguendo nettamente sul piano normativo le due fenomenologie offensive: non diversamente da quanto si osserva ad esempio con riguardo all’art. 622 c.p., circa la possibilità di *nocumento* da violazione di segreto professionale²⁸.

Tuttavia, la peculiare fisionomia dello spettro offensivo del *nocumento*, che, più che per un contenuto specifico individuabile *ex ante*, si caratterizza per il fatto di rappresentare lo sviluppo dell’offesa alla *privacy* perpetrata attraverso la condotta, rimanda – sempre per chi intenda aderire a siffatta teorica – alla nota distinzione tra condizione estrinseca (ossia funzionalmente estranea, indifferente all’offesa propria del reato) e intrinseca (ossia consistente in una progressione o aggravamento o attualizzazione, nel senso cioè di evidenziarne i tratti, dell’offesa tipica)²⁹.

La scelta cade evidentemente su quest’ultima tipologia di condizione obiettiva di punibilità. E non tanto per un ipotizzato riscontro di omogeneità tra i beni giuridici protagonisti delle due fenomenologie offensive³⁰, che consentirebbe di definire la verifica del *nocumento* in chiave di progressione (si direbbe, dal pericolo al danno) dell’offesa alla *privacy*³¹: come già detto, a nostro avviso, i beni giuridici dovrebbero, a causa

28. Cfr. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2012, 363.

Com’è noto tuttavia, anche in tal caso, la qualificazione dell’elemento (in termini condizione ovvero di elemento costitutivo) risulta controversa: cfr. la rassegna svolta da LAGO, *Art. 622*, in DOLCINI-MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, cit., 6078.

29. La distinzione si deve a NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955, 14. Sul controverso tema, che non è possibile in tale sede affrontare, si veda con ricostruzioni e posizioni talvolta diverse, BRICOLA, *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 594; ANGIONI, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1440; VENEZIANI, *Spunti per una teoria del reato condizionato*, Padova, 1992; D’ASCOLA, *Punti fermi e aspetti problematici delle condizioni obiettive di punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993; Id., *Reato e pena nell’analisi delle condizioni obiettive di punibilità*, Napoli, 2004; NEPPI MODONA, *Condizioni obiettive di punibilità*, in *Enc. giur. Treccani*, 1997, 4 ss.; DONINI, *Le condizioni obiettive di punibilità*, in *Studium iuris*, 1997, 597; ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., sub art. 44; PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 362 ss.; PALAZZO, *Corso di diritto penale*, V ed., Torino, 2013, 617; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale-parte generale*, cit., 779 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 805; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale-parte generale*, cit., 377.

30. In generale, evidenzia come le condizioni obiettive di punibilità «improprie» (che corrispondono alle «intrinseche») siano portatrici di un interesse «solo formalmente estraneo al reato ma sostanzialmente del medesimo tipo o comunque prossimo rispetto a quello del reato stesso», laddove quelle «proprie» (che corrispondono alle «estrinseche») riflettono un interesse «formalmente e sostanzialmente (=qualitativamente) estraneo al reato» ovvero rappresentano un elemento del tutto estraneo alla significatività del disvalore, ROMANO, *Commentario*, cit., sub art. 44, il quale non esita a evidenziare la problematicità che caratterizza la categoria delle condizioni improprie. In senso analogo FIANDACA e MUSCO (I, *Diritto penale-parte generale*, cit., 779) che qualificano come condizioni intrinseche quegli eventi, che lungi dal riflettere un interesse esterno all’interesse protetto dalla norma penale, approfondiscono o rendono più attuale la carica lesiva insita nel fatto tipico.

Secondo altra ricostruzione, se la progressione offensiva scandita dall’evento “ulteriore” riguarda lo stesso interesse tutelato dal reato si tratterà di elemento costitutivo, se invece riguarda un interesse diverso si tratterà di un evento-condizione obiettiva di punibilità intrinseca, corrispondendo le condizioni estrinseche a quegli eventi che non presentano alcun nesso funzionale con la fenomenologia offensiva. Così PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 463. V’è poi chi, come Mantovani (Id., *Diritto penale-parte generale*, cit., 804), accomuna sotto la categoria delle condizioni obiettive di punibilità *tout court*, senza cioè operare distinzioni interne, e gli eventi estranei alla dimensione offensiva del reato (perché offensivi di beni diversi da quello proprio del reato o perché del tutto estranei a qualsivoglia fenomenologia offensiva) e quelli che sanciscono una progressione o arricchimento dell’offesa tipica, dovendosi considerare elementi costitutivi solo gli eventi che accentrano in sé l’offensività del fatto. E infine vi sono coloro, come MARINUCCI e DOLCINI (I, *Manuale*, cit., 377), che al contrario, qualificano come elemento costitutivo qualsiasi evento che partecipi, a qualunque titolo, all’offesa al bene giuridico protetto dalla norma, in tal modo rifiutando la distinzione tra condizioni intrinseche e estrinseche.

31. In questo senso, invece, MANNA, *Commento al Codice della privacy*, cit., 24 ss.: «(...) implicando la nuova formulazione letterale della norma un rapporto di derivazione causale tra il fatto e la condizione – peraltro espressa da una locuzione, significativamente inserita nella parte *stricto sensu* sanzionatoria della disposizione –, deve ritenersi che quest’ultima rifletta un piano d’interessi omogeneo all’offesa, e con la quale si ponga in un rapporto di progressione criminosa. Pur trattandosi di condizione obiettiva, l’elemento del “nocumento” rivela la sua natura “intrinseca” rispetto al bene giuridico tutelato – da individuarsi (...) nel diritto dell’interessato alla *privacy* (...) – di modo che si avrà “meritevolezza di pena” ogni qualvolta tale diritto dell’interessato sia messo in pericolo; si determinerà, invece, “bisogno di pena” allorché tale bene subisca un’effettiva e tangibile lesione, dimostrata, appunto, dal verificarsi del nocumento». L’Autore, inoltre, osserva come la qualificazione del nocumento di cui all’art. 167 in termini di condizione intrinseca risulti coerente con le ragioni di tecnica legislativa poste alla base dell’enucleazione di tale tipologia di condizione obiettiva di punibilità: in tali casi «si versa normalmente in situazioni nelle quali l’accertamento del dolo nei confronti dell’offesa più grave presenta notevoli difficoltà, per cui si pone al legislatore l’alternativa tra un eccessivo allargamento dell’ambito di applicazione della fattispecie, mediante l’incriminazione della mera condotta dell’agente, ovvero un’eccessiva limitazione dell’operatività della norma incriminatrice, che conseguirebbe ove il danno o il pericolo collegati al fatto di reato venissero costruiti come eventi tipici, con conseguente ampliamento, di riflesso, dell’oggetto del dolo. In tal senso, l’istituto in esame, nella peculiare forma della condizione intrinseca, consente un equilibrato bilanciamento tra questi due estremi». D’altro canto si è notato come siffatta rilevazione non corrisponda a pieno al quadro strutturale dell’art. 167: «(...) l’identificazione tra dolo specifico ed effetto della condotta già interviene sul piano normativo per il danno» (CORRIAS LUCENTE, *op.*

dell'ampiezza concettuale del secondo, apparire sul piano normativo eterogenei, potendo rivelarsi omogenei solo *ex post*, a seguito cioè di particolari manifestazioni concrete del fatto. Quanto per la dipendenza *qualificata*, e cioè non solo "causale-naturalistica" ma proprio per così dire "contenutistica", della seconda – ed *ex ante* indefinita – fenomenologia offensiva dalla prima: il nocumento appare invero come la *concretizzazione*, sul piano di tutti i possibili "effetti", dell'offesa alla *privacy*.

Per molti versi, l'*iter* argomentativo della pronuncia riflette le conclusioni raggiunte dalla dottrina prima richiamata. Giudicato il nocumento come condizione obiettiva di punibilità, in evidente continuità con l'orientamento espresso dalla Suprema Corte³², si condivide il rilievo secondo cui il legislatore con l'innovazione normativa in esame, e a prescindere dalla sua qualificazione, ha inteso imprimere alla fattispecie una maggiore e concreta connotazione offensiva. In quest'ottica, con espressione che forse avrebbe meritato un più compiuto approfondimento sul piano dogmatico, si afferma: «il richiamo al nocumento evoca e istituzionalizza il principio di offensività»; così collegando la valorizzazione del principio all'istituto di cui all'art. 44 c.p., in una prospettiva dunque in cui – attesa la scissione concettuale tra *reato* e (sua) *punibilità*, e sempre che la si voglia ammettere, come peraltro fa la stessa Corte³³ – il corrispondente contenuto precettivo si lascerebbe apprezzare sul terreno della previsione della pena.

Ci si sarebbe allora attesi una chiara presa di posizione circa l'adesione o meno alla problematica distinzione interna alla categoria della condizione obiettiva di punibilità e, in caso positivo, una motivata scelta tra le sue varianti tipologiche³⁴: è evidente come siano diverse le implicazioni a seconda che la condizione che "istituzionalizza" il principio di offensività sia portatrice di un interesse (e dunque significativa della sua lesione) *esterno* (rivelandosi, in tal modo, *estrinseca*) o *interno* (rivelandosi, in tal modo, *intrinseca*) rispetto alla dimensione offensiva tipica del reato *in sé* perfetto.

Sul punto, il solo riferimento suscettivo di fornire un'indicazione al lettore, chiamato comunque a svolgere una deduzione, è quello all'affermata unicità del bene protetto all'interno della normativa in materia di *privacy* (descritto come «il diritto dell'interessato al controllo sulla circolazione delle sue informazioni personali»), letto unitamente alla finalità riconosciuta all'introduzione del nocumento – «evitare che la disposizione trovi un'applicazione eccessivamente formale e, quindi, anche a dare "effettività" alla tutela della riservatezza dei dati personali» – e soprattutto alla qualificazione del reato come «di pericolo concreto con dolo di danno», che è dato ai nostri fini di indubbia

cit., 645). Peraltro, parte della dottrina individua proprio nelle menzionate ragioni di tecnica legislativa il profilo di criticità della categoria delle condizioni intrinseche che dovrebbe far ritenere ingiustificato l'ampliamento, così realizzato, della gamma delle condizioni di punibilità: «Lo scopo (...) di questa nuova categoria è quello di assoggettare taluni elementi costitutivi del fatto alla disciplina delle condizioni obiettive di punibilità (che, a norma dell'art. 44 c.p., rilevano obiettivamente) e quindi sottrarli all'oggetto del dolo – nei delitti dolosi – o della colpa – nei delitti colposi» (MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit., 377). Detto altrimenti, in questo modo verrebbe rovesciata quella istanza garantistica che connota la genesi dell'istituto *tout court*, e si evidenzierebbero quelle preoccupazioni repressive che in taluni casi ne costituirebbero la "ragione" essenziale (sul tema delle ragioni giustificative dell'istituto si veda FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale-parte generale*, cit., 764 e bibliografia ivi citata). Tuttavia, se il *focus* dell'analisi si concentra specificamente sull'art. 167 comma 1 d.lgs. 196/2003 e si sottolinea come la fattispecie nella versione originaria fosse indifferente agli effetti della condotta (salvo che sul piano dell'aggravamento di pena), allora si può concludere che la nuova struttura della norma, qualunque sia la tipologia di condizione obiettiva di punibilità ivi rilevante, comunque reca in sé una nota *in favor rei*, e, volendo, che tale nota sarebbe stata davvero definita in maniera compiuta ove si fosse costruito il nocumento – con un opportuno *restyling* strutturale e linguistico (l'espressione «se dal fatto deriva», pur non apparendo risolutiva l'attenzione all'indice terminologico, richiama l'istituto di cui all'art. 44 c.p.) – come (evento-)elemento costitutivo del reato.

32. Cass., sez. III, 26.3.2004, n. 28680, in *Cass. pen.*, 2006, 2562, con nota di Celi; Cass. Sez. III, 5.3.2008, n. 16145; Cass. pen., sez. III, 28.5.2004, n. 30134.

33. Si riportano due passaggi della pronuncia dai quale emerge chiaramente tale posizione: «(...) in base ai principi generali di diritto, la natura di condizione obiettiva di punibilità del nocumento fa sì che esso sia un fattore esterno alla fattispecie delittuosa che è integralmente realizzata dal verificarsi dei suoi elementi costitutivi (...) ma che diviene punibile solo al verificarsi di questo *quid pluris* che il legislatore definisce "nocumento" e che "deve discendere dal fatto"; ed ancora, «In altri termini, il reato è perfetto quando la condotta si sostanzia in un trattamento dei dati personali, in violazione di precise disposizioni di legge, effettuato con il fine precipuo di trarne un profitto per sé o per altri o di recare ad altri un danno ma la sua punibilità discende dalla ricorrenza di un effettivo "nocumento" (nel senso, cioè, che il profitto conseguito o il danno causato siano apprezzabili sotto più punti di vista).

34. Qualifica espressamente il "nocumento" di cui all'art. 167 del Codice della *privacy* come condizione obiettiva di punibilità intrinseca «(...) perché aggrava l'offesa insita nel fatto tipico del reato», Cass., sez. III, 26.3.2004, n. 28680, in *Cass. pen.*, 2006, 2562, con nota di Celi; in senso sostanzialmente conforme Cass. pen., sez. III, 28.5.2004, n. 30134.

importanza, se si ammette la sovrapponibilità contenutistica tra danno e nocumento³⁵.

La combinazione dei tre riferimenti sembrerebbe indicare nel senso della valutazione della condizione come intrinseca, in particolare sul modello tracciato dalla dottrina e dall'orientamento giurisprudenziale richiamati³⁶, anche perché ove la Corte avesse inteso non aderire alla teorica distintiva delle condizioni, avrebbe dovuto concludere – presa come buona la deduzione svolta dai passaggi della pronuncia ora riportati – a favore della presenza di un elemento costitutivo.

A supporre, dunque, la qualità intrinseca della condizione ci si imbatte nel noto problema relativo all'inconciliabilità della disciplina prevista dall'art. 44 c.p. con il principio di colpevolezza così come tratteggiato dalle sentenze 364/1988 e 1085/1988 della Corte Costituzionale: ivi si esige, infatti, che la colpevolezza copra tutti gli elementi dai quali dipende il disvalore (o il maggiore disvalore) dell'offesa tipica; sicché nel nostro caso parrebbe richiedersi l'imputazione quantomeno a titolo di colpa³⁷, con le difficoltà connesse alla ricostruzione della colpa in un contesto illecito di base³⁸.

D'altra parte, è possibile problematizzare tale conclusione, superando l'*impasse*, sul presupposto che le condizioni obiettive di punibilità, quantunque intrinseche, fungono (almeno formalmente³⁹) da limite alla punibilità del fatto tipico e, quindi, ridondano pur sempre a vantaggio del reo; sicché la relativa estraneità all'alveo della colpevolezza non pare produrre un *vulnus* al corrispondente principio⁴⁰. Più in generale, non sembra irragionevole concludere nel senso della necessità che gli elementi che accentrano in sé l'offesa del reato rientrino nel fuoco della colpevolezza, apparendo del tutto ammissibile che quelli costituenti una progressione o uno sviluppo dell'offesa tipica e al ricorrere dei quali scatti il fenomeno della punibilità non vi ricadano: è, infatti, nel reato inteso in senso sostanziale, ossia nel relativo contenuto offensivo tipico, che risulta soddisfatta l'esigenza di rispettare e valorizzare il principio di colpevolezza.

Ad ogni modo si deve notare come nella fattispecie in esame la questione sia destinata a dissolversi in ragione delle peculiarità strutturali riscontrate e in particolare della coincidenza contenutistica tra dolo specifico (nella parte concernente la finalità di danno) e condizione obiettiva di punibilità: tale circostanza, cioè, assicura già a monte al nocumento una copertura in chiave soggettiva (si dovrà infatti accertare che l'agente

35. La Corte, al riguardo, sulla scorta di un'analisi grammaticale dei due termini (danno è «ogni fatto, circostanza o azione che nuoce»; nocumento significa «atto, o effetto, del nuocere») rileva la «quasi sovrapponibilità dei significati» e poi conclude che «il “nocumento” non coincide con il “danno”, bensì con la effettività ed incidenza dell'evento lesivo causato da quest'ultimo». A ben vedere, la conclusione non è contrastante con la premessa, dovendosi dare per implicito che essa si riferisce alla dinamica della fattispecie in esame e quindi al danno inteso come oggetto del dolo specifico e al nocumento quale evento che invece deve verificarsi: del resto, non si vede come al danno possa riconoscersi un significato, e dunque attribuirsi un contenuto concettuale, diverso da quello proprio del nocumento, che in questa prospettiva ne rappresenterebbe la concretizzazione sul piano effettuale.

36. V. note 31 e 34.

37. Così MANNA, *Commento*, cit., 25; in generale, per l'interpretazione costituzionalmente adeguata dell'art. 44 c.p., cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale - parte generale*, cit., 781.

38. Particolarmente ricca la letteratura sul tema. Qui si rinvia, tra i lavori più recenti, a CARMONA, *La “colpa in concreto” nelle attività illecite secondo le Sezioni unite. Riflessi sullo statuto della colpa penale*, in *Cass. pen.*, 2009, 4585 e BASILE, *La colpa in attività illecita: un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano, 2005; tra quelli meno recenti, a DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, 364 ss., GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, 357 ss. e CANESTRARI, *L'illecito penale preterintenzionale*, Padova, 1989, 127 ss.

39. La precisazione deriva dall'osservazione critica rivolta a tale tipologia di condizione di punibilità - riportata in nota 31 - secondo la quale attraverso l'enucleazione di essa si maschererebbe un reale elemento costitutivo, in tal modo sottratto al fuoco del dolo o della colpa.

40. Cfr. DELOGU, Art. 571 c.p., in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da CIAN-OPPO-TRABUCCHI, vol. VII, Padova, 1995, 622. Diversamente, sul punto, Corte Cost. 13.12.1988, n. 1085, dove si legge «soltanto gli elementi estranei alla materia del divieto (come le condizioni estrinseche di punibilità (...)) si sottraggono alla regola della rimproverabilità ex art. 27 comma 1 Cost.». Elementi a sostegno della riflessione proposta potrebbero invece rinvenirsi sostanzialmente nella pronuncia della Corte Costituzionale n. 247/1989, relativa all'art. 4, n. 7, l. 7.8.1982, n. 516 («Norme per la repressione della evasione in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto»); ivi, in merito all'evento condizionante ravvisato nell'espressione «tali da alterare in misura rilevante il risultato della dichiarazione» e a prescindere dalla sua qualificazione come condizione estrinseca o intrinseca (la Corte, invero, è parsa delineare il profilo di una condizione estrinseca pur in assenza dei connotati tipici di tale categoria), si esclude l'esigenza di un'imputazione soggettiva in quanto il contenuto offensivo della fattispecie troverebbe già la propria qualificazione nella condotta fraudolenta priva della condizione, la quale fungendo da indicatore del carico offensivo, da parametro selettivo delle frodi più gravi, opererebbe solo in senso restrittivo della sfera della punibilità (Corte cost. 15.5.1989 n. 247, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1194, con nota di PALAZZO e in *Foro it.*, 1989, I, 1685 con nota di INSOLERA e ZANOTTI; su tale pronuncia si rinvia inoltre alle osservazioni di DONINI, *Il principio di colpevolezza*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. I, Torino, 2000, 226 e DOLCINI, *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 874 ss.).

3.3

CONSIDERAZIONI (RIEPILOGATIVE
E) CONCLUSIVE: LA SELEZIONE
VERSO IL BASSO DELLA TIPICITÀ
DEL NOCUMENTO NELLA LOGICA
DELL'“UNO, NESSUNO E CENTOMILA”

abbia perseguito la finalità di danno), saldando in tal modo la frattura col principio di colpevolezza che in astratto interesserebbe la condizione di punibilità intrinseca e dunque rendendo superfluo qualsivoglia intervento interpretativo di stampo correttivo.

Per altro verso, la qualificazione del *nocumento* in termini di condizione obiettiva di punibilità si rivela invece funzionale alla definizione di taluni profili contenutistici dell'evento.

La Corte infatti, sul presupposto della non confondibilità della dimensione offensiva propria della condizione obiettiva di punibilità del *nocumento* con quella insita nel reato quale lesione del bene giuridico tutelato, amplia la rilevanza soggettiva della figura, ricomprendendo nella sfera dei soggetti potenzialmente interessati dal pregiudizio anche soggetti “terzi” (cioè non titolari del bene giuridico protetto dalla norma).

Siffatta dilatazione soggettiva della figura, peraltro, avvalorata l'idea della diversità dei beni giuridici di cui risultano portatori il reato e la condizione obiettiva di punibilità, ma non scalfisce la validità della nostra conclusione circa il particolare atteggiarsi della condizione medesima nell'ipotesi in esame⁴¹.

I punti critici della pronuncia non risentono tanto della singolare morfologia della disposizione di cui all'art. 167 comma 1, d.lgs. 196/2003, quanto della discutibile adeguatezza della fattispecie a contrastare un fenomeno quale lo *spamming*, come dimostrano, a nostro avviso, le torsioni interpretative e gli schemi presuntivi utilizzati per sancirne la sussumibilità e la praticabilità sul piano processuale.

Nella prima prospettiva, segnaliamo la riconosciuta legittimazione della *perdita di tempo* in quanto tale – esemplificativa del «fastidio» procurato dalla *mail* indesiderata – a integrare un evento penalmente rilevante. Pare ragionevole interrogarsi sulla fondatezza di tale riconoscimento, agevolato dalla figura “contenitore” del *nocumento*: atteso che la *perdita di tempo* conseguente allo *spamming*, se calibrata sul piano individuale, come richiede la norma incentrata sull'evento pregiudizievole, non sembra comunque determinare un “arresto” delle attività quotidiane di ciascuno di noi o comunque l'impossibilità di controllare la corrispondenza telematica (anche in ragione degli ormai testati meccanismi anti-*spam*), eccetto forse i casi nei quali si ravvisi un numero di messaggi *spam* per singola casella di posta elettronica talmente elevato da riempirne, sia pure temporaneamente, la memoria.

Del resto, non pare appagante nemmeno l'altra indicazione esemplificativa del *nocumento* da *spamming*, ossia il rischio da circolazione non autorizzata dei propri indirizzi e-mail: stante la forma soltanto di pericolo che l'evento, nel quale sono riposti gli auspici di una pregnante dotazione offensiva della fattispecie, verrebbe in tal modo ad assumere; nonché la sua immanente presenza, quale effetto automatico dell'uso non autorizzato del dato, profilo questo che, a ben vedere, finirebbe per impedire l'esplicarsi della funzione selettiva (sul piano “oggettivo”) ascritta alla figura.

Invero, tra gli effetti dello *spamming*, quelli che sembrano porre una significativa questione sul piano delle scelte politico-criminali risultano apprezzabili prevalentemente su un piano metaindividuale, nella diversa ottica, cioè, del corretto e spedito funzionamento della “società dell'informazione”, *sub specie* del traffico mondiale di posta elettronica: attesi il peso sopportato dalle linee di interconnessione, sempre più intasate dai messaggi *spam*, che incidono in maniera assai significativa sul traffico totale dei messaggi di posta elettronica⁴², e i costi associabili al fenomeno⁴³. Il *vulnus*, insomma,

41. Semmai, si deve precisare come in tali casi l'accertamento del dolo specifico di danno, e dunque della finalità perseguita dal soggetto agente, non sempre potrà assicurare al *nocumento*, subito per ipotesi solo da soggetti “terzi”, quella copertura soggettiva che ci aveva consentito di ridimensionare la questione della compatibilità tra condizione obiettiva intrinseca e principio di colpevolezza.

42. Cfr. LEVI-ZANICHELLI, *L'utilizzo dell'e-mail a fini pubblicitari: dallo “spamming” al “permission marketing”*, in *Dir. ind.*, 2001, 198

43. Sul punto si rinvia ai lavori di LUCCHI, *Comunicazioni indesiderate*, cit., 456 e MAGRO, *Internet e Privacy*, cit., 941, che danno conto delle analisi, anche

sembra recato allo sviluppo del commercio elettronico.

Posto ciò, una fattispecie *vittimocentrica*, qual è quella di «Trattamento illecito di dati», sembrerebbe risultare spiazzata rispetto alle specificità della fenomenologia offensiva della pratica.

Ponendo il *focus* sulle argomentazioni utilizzate dalla Corte per legittimare l'operatività dell'art. 167 d.lgs. n. 196 del 2003, notiamo innanzitutto come il ricorso alle precedenti pronunce, funzionale a sancire l'estensione concettuale e dunque la portata offensiva "aperta" dell'evento *nocumento*, avrebbe dovuto al contempo far riflettere i giudici sul contenuto dell'evento pregiudizievole rinvenuto nei casi richiamati, ai fini di una completa e dunque proficua comparazione⁴⁴.

Detto altrimenti, il fatto che al *nocumento*, nei precedenti giurisprudenziali, non venga riconosciuto necessariamente un contenuto patrimoniale, non implica che qualsiasi pregiudizio di natura non patrimoniale possa integrare un *nocumento*. Del resto, la *perdita di tempo*, dovuta all'apertura e alla cancellazione dei *messaggi spam*, o il *pericolo di circolazione non autorizzata di un dato personale* non sono certo paragonabili col pregiudizio dei familiari della persona deceduta, la cui immagine in stato morente era stata illecitamente diffusa, o con quello subito dalla ragazza che aveva visto finire su un sito *internet* le immagini che la ritraevano in pose intime.

In definitiva, v'è da chiedersi se la lettura dell'evento *nocumento* non debba essere improntata a una reale *selezione verso l'alto* dei fenomeni atti a integrarlo, rimettendo a reazioni sanzionatorie di natura extrapenale le forme di pregiudizio che appaiono meno significative.

Altrettanto discutibili sono le argomentazioni in punto di prova del *nocumento*, laddove si rinuncia all'identificazione e all'escussione delle persone in ipotesi investite dall'evento per "salvare" l'applicabilità della disposizione che altrimenti sarebbe relegata «al pari di una norma-manifesto».

E così, le testimonianze dei soggetti destinatari degli invii telematici, i quali escludevano «di aver ricevuto un fastidio di qualsivoglia natura» dalla percezione delle *mail* non richieste, non hanno certo condizionato la posizione della Corte, che pare aver fatto propria una sorta di logica pirandelliana dell'«*uno, nessuno e centomila*»: *se non è possibile sentirne tanti, non è necessario dar peso alle parole dei pochi presenti in udienza ovvero se non si possono escutere tutti, non ne va escusso alcuno*.

Corollario di tale logica sembrerebbe dunque essere l'*assolutizzazione* dello stesso concetto di *perdita di tempo* o di *fastidio* (o, ancora, di *pericolo da circolazione non autorizzata del dato personale*): il tempo utilizzato per aprire e cestinare le *mail* indesiderate deve ritenersi *perso tout court*, senza possibilità di prova contraria (così come il *pericolo* per la *privacy* non può essere escluso in concreto dalla dimostrazione contraria, la quale peraltro pare ardua, attesa la segnalata *automaticità* della produzione del medesimo).

Riepilogando brevemente, il percorso argomentativo tracciato dai giudici della Cassazione passa per la ricostruzione del *nocumento* da *spamming* come *perdita di tempo* (o anche come *pericolo da circolazione non autorizzata del dato personale*), per l'affermazione di un rapporto di implicazione necessaria tra questa tipologia di pregiudizio e lo *spamming* medesimo, e infine – si direbbe – per la stessa *assolutizzazione* del fenomeno integrante il pregiudizio.

Ebbene, pare evidente come la Corte, in nome delle istanze riconnesse all'effettività della tutela, abbia di fatto posto una presunzione con riguardo a un elemento della fattispecie, svincolando in tal modo l'accusa dall'onere di espletare complesse indagini, ma sopportando il costo dell'affermazione di un meccanismo di tipo presuntivo, che come detto sembra rivestire carattere assoluto, in materia penale (sia pure con riferimento a

istituzionali, relative alla quantificazione degli altissimi costi globali del fenomeno e degli studi indicativi delle singole voci di costi al medesimo associabili: prolungamento dei tempi di connessione alla rete, adozione di misure anti-*spam* e anti-*virus* spesso allegati ai messaggi.

44. In generale, sull'uso del *precedente*, cfr. per tutti TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, Napoli, 2007.

una condizione obiettiva di punibilità e non a un elemento del fatto tipico, e dunque del reato in senso sostanziale)⁴⁵.

D'altra parte, lo schema presuntivo non viene riferito alla fattispecie di «Trattamento illecito di dati» *tout court*, ma riguarda solo una particolare classe di fatti in essa sussumibili, ossia quella che si manifesta attraverso invii abusivi di *mail* e che nel caso in esame corrisponde al fenomeno dello *spamming*: più precisamente, la presunzione non interessa ogni ipotesi di trasmissione telematica di dati, bensì la sotto-classe di fatti caratterizzati per il cospicuo numero di destinatari degli invii, ciò che peraltro nello *spamming* è elemento identitario⁴⁶. Allora, è il caso di domandarsi se, in presenza di pochi destinatari di *mail* indesiderate, i binari da percorrere tornino a essere quelli dell'accertamento probatorio tradizionali, con la possibilità dunque che i destinatari dell'invio escludano di aver subito un pregiudizio. Possibilità che a rigore, stando all'impianto argomentativo della sentenza, dovrebbe però essere impedita dall'ipotizzata *assolutizzazione* del concetto di *perdita di tempo* o di *fastidio*, che evidentemente rimangono tali a prescindere dal numero delle persone offese⁴⁷; a meno che non si voglia ritenere che il regime probatorio dell'evento debba mutare a seconda della dimensione quantitativa del fatto: *se le persone offese sono tante vale l'assolutizzazione del concetto, se le persone offese sono poche – e dunque identificabili ed escutibili – prevale e si accoglie la relativizzazione dello stesso*.

L'impressione è insomma che una variante della manifestazione tipica del fatto – quella che si realizza con l'invio di *mail* non richieste associato alla sua portata quantitativa, attinente al numero delle persone offese – abbia innescato, attraverso la “mediazione” di uno schema presuntivo di significato (ovvero con fine ultimo) processuale, una sorta di trasformazione della figura sul piano sostanziale: da fattispecie con evento(-condizione) di danno a fattispecie di sola condotta (dove, cioè, non è più necessario dimostrare l'esistenza di alcun pregiudizio).

Si assiste a una specie di “ritorno al passato” (*id est*, alla legislazione previgente), motivato da sia pur commendevoli esigenze di effettività della tutela, che si porta (*in*)dietro – per via di un'interpretazione giudiziale tesa ad alleggerire l'onere probatorio gravante sull'accusa ovvero a promuovere una compiuta effettività della tutela – l'obliterazione dell'elemento di fattispecie condizionante la punibilità del reato. Come a dire: *solo i fatti più gravi vanno puniti, ma (in talune ipotesi) la maggiore gravità dei fatti è presunta*.

Sotto altro profilo e a conferma della segnalata specificità della fenomenologia offensiva dello *spamming*, la fattispecie così come *ri-letta* dalla Corte, la quale pone costantemente l'accento sulla nota quantitativa del fatto, sembra rimandare quasi a una dimensione di tutela sovraindividuale, secondo il modello di protezione penale di interessi diffusi e/o collettivi: dove cioè, sul piano del fenomeno offensivo, è *in nuce* un'anticipazione di tutela (e di punibilità) a un momento anteriore rispetto alla lesione dei corrispondenti diritti soggettivi individuali⁴⁸.

45. Sui rapporti tra fenomeno presuntivo e responsabilità penale si veda, in generale, PAULESU, voce *Presunzione di non colpevolezza*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1995, 674; ID., *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009; e, da ultimo, TRIPODI, *L'insider trading in una recente pronuncia della Corte di giustizia: “utilizzo (implicita) della notizia e presunzione d'offesa”*, in *Giur. comm.*, 2011, 7, dove, tra l'altro, ci si sofferma sulla posizione della Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo la quale la relatività della presunzione è condizione imprescindibile ai fini del giudizio negativo sulla violazione del principio di presunzione di innocenza di cui all'art. 6 n. 2 della Convenzione.

46. La “molteplicità” e la “non consensualità” sono concepiti quali requisiti necessari e sufficienti ai fini della qualificazione di un messaggio di posta elettronica come *spam* da LUCCHI, *Comunicazioni indesiderate: lo spamming tra razionalizzazione delle norme esistenti e pronunce dell'autorità di garanzia*, cit., 456.

47. La Corte sembra avvedersi della problematicità dell'ipotesi di *invio di poche mail non autorizzate* quando, piuttosto che risolvere compiutamente il quesito se «anche l'invio di una singola *mail* non autorizzata equivale a documento», da un lato precisa che il rischio di un'«interpretazione formalistica» dell'art. 167 sarebbe proprio (solo) della previgente normativa e dall'altro “sposta” l'attenzione sulla *pluridirezionalità* del *documento* nel caso di specie (*id est*, sono colpiti dal pregiudizio non solo i destinatari delle *mail* ma anche la “Clever”) quale indice dell'ampiezza delle conseguenze nocive del fatto: così lasciando intendere di accogliere, sul piano della tipicità, un'idea di *documento* come *macro-evento* necessariamente calibrato sulla diffusività degli effetti lesivi (perdita di tempo, pericolo per la *privacy*, per i numerosissimi destinatari delle *mail*; danno all'immagine per la “Clever”, terza, incolpevole *partner* del trattamento illecito dei dati personali), la cui presenza è presunta.

48. Cfr., per tutti, SGUBBI, *Tutela penale di interessi diffusi*, in *La questione criminale*, 1975, 467.

La questione origina dall'esame dell'eccezione procedurale di incompetenza del Tribunale di Milano. Secondo la tesi dei ricorrenti la competenza si sarebbe dovuta radicare non a Milano, sede dei *server* della "Buongiorno Vitaminic" e luogo dunque di realizzazione soltanto della condotta incriminata, bensì a Parma, dove è la sede legale, amministrativa e finanziaria della "Buongiorno Vitaminic" e dove quindi si sarebbe verificato l'evento-vantaggio patrimoniale contemplato nella fattispecie di cui all'art. 640 *ter* c.p.

La Corte, nel respingere l'eccezione procedurale, tesse un'elaborata trama argomentativa nella quale si rinviene, sul presupposto della riconduzione della fattispecie in esame alla figura generale della truffa e del richiamo alle più recenti pronunce giurisprudenziali in tema di frode informatica, la ricostruzione di talune tradizionali nozioni proprie del settore dei reati contro il patrimonio. È in tale trama che pare scorrere il descritto *fil rouge* della pronuncia, adombrando essa letture che – secondo quanto diremo – si rivelano (di fatto) presuntive.

Punto di partenza è, come detto, la riconosciuta germinazione della fattispecie di cui all'art. 640 *ter* c.p. nell'alveo della truffa, dal cui confronto emergerebbe sul piano strutturale un unico requisito differenziale: l'attività (sostanzialmente) fraudolenta dell'agente investe non la persona, di cui pertanto difetta l'induzione in errore, bensì il sistema informatico⁴⁹.

La formulazione normativa delle modalità fraudolente della condotta pertanto si adegua alla soppressione dell'elemento dell'induzione in errore, ossia dell'inganno: anziché *artifici e raggiri*, sono contemplati *l'alterazione del funzionamento di un sistema informatico o telematico e l'intervento senza diritto su dati, informazioni o programmi in esso "contenuti" o ad esso "pertinenti"*⁵⁰.

Ai nostri fini è immediatamente utile evidenziare come l'assimilazione della fattispecie di cui all'art. 640 *ter* c.p. allo schema genetico della truffa abbia sollecitato letture interpretative volte a tracciare uno sviluppo causale simmetrico a quello contemplato nell'art. 640 c.p. Si ritiene infatti che la struttura della frode informatica si componga di un requisito tacito, intermedio tra la condotta fraudolenta e il conseguimento del profitto con altrui danno, descrivibile come «il risultato irregolare del processo di elaborazione oggetto di indebita interferenza»⁵¹, causato dalla manipolazione del sistema informatico e causante gli eventi tipici. E si precisa come l'operazione eseguita dall'elaboratore – o meglio, «il risultato della elaborazione oggetto di manipolazione» – debba avere un contenuto patrimoniale, in modo tale da essere idoneo a incidere sfavorevolmente nella sfera patrimoniale altrui⁵².

L'assunto giurisprudenziale, da cui la riflessione della Corte muove, si rivela invero coerente con le ragioni che hanno portato nel 1993 all'introduzione della figura incriminatrice (*id est*, l'assimilazione dell'impiego fraudolento di una macchina all'inganno di un uomo avrebbe integrato un'analogia *in malam partem*) ed al contempo è spia dell'implicito rifiuto delle posizioni dottrinali tese ad affrancare la fattispecie dal modello della truffa ovvero dalle modalità offensive tipiche della frode⁵³. Ma non è il pur ammissibile profilo di equivocità o di ibridismo che caratterizzerebbe la struttura della disposizione⁵⁴ (connotato che peraltro si rifletterebbe in talune discutibili pronunce giu-

49. Così anche, tra le altre, Cass., sez. II, 11.11.09, n.44720 e Cass. sez. VI, 4.10.1999, n. 3065.

50. Cfr. PICOTTI, *Reati informatici*, in *Enc. giur. Trecc.*, 1999, XXVI, 7.

51. C. PECORELLA, *Il diritto penale dell'informatica*, 2000, 116 ss.

52. C. PECORELLA, *op. ult. cit.*, 118; analogamente, PICOTTI, *op. cit.*, 7.

53. In questo senso ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, vol. I, XV ed., Milano, 2008, 386, che accosta la figura più al danneggiamento che alla truffa. Sul tema anche FONDAROLI, *La tutela penale dei beni informatici*, in *DII*, 1996, 291, secondo la quale «il disvalore della fattispecie si incentra nella qualificazione della condotta di alterazione del sistema, definita come alterazione compiuta "senza diritto", ovvero non autorizzata dal "titolare del sistema" o di colui che ne è comunque responsabile».

54. Cfr. C. PECORELLA, *op. ult. cit.*, 112 ss.

risprudenziali⁵⁵) ad attrarre la riflessione degli ermellini, i quali piuttosto si soffermano sulla nozione di profitto: in quanto la consumazione del reato coincide evidentemente col momento di conseguimento da parte dell'agente del profitto con correlativo altrui danno.

In merito, è palese l'adesione alla visione non necessariamente patrimoniale del profitto, che viene appunto concepito, conformemente alla giurisprudenza e alla dottrina maggioritarie e contrariamente alla sua accezione più ristretta (rinviante al solo incremento, o mancata diminuzione, del patrimonio)⁵⁶, come «(...) qualunque soddisfazione o piacere che l'agente si riprometta di conseguire dalla propria condotta criminosa».

Posto ciò, l'approccio al caso concreto passa per il riconosciuto parallelismo in particolare con un'altra vicenda decisa dalla Corte, avente a oggetto l'utilizzo del sistema telefonico fisso installato nella filiale di Brindisi della "Telecom" per l'esercizio telefonico: l'agente con la veloce e ininterrotta digitazione di numeri telefonici riusciva a ottenere collegamenti internazionali, eludendo il blocco predisposto per le chiamate internazionali, con riferimento alle quali il sistema non era abilitato; e in tal modo esponeva debitoriamente la società italiana per l'esercizio telefonico nei confronti dei corrispondenti organismi esteri autorizzati all'esercizio del telefono⁵⁷.

Coerentemente con la suddetta decisione, che identifica il profitto ottenuto con il *poter fare una telefonata internazionale*⁵⁸, la Corte osserva come il profitto conseguito coincida (*immediatamente*) con la *possibilità di farsi pubblicità presso i clienti*: l'evento-profitto, cioè, possiederebbe delle coordinate concettuali diverse rispetto a quelle relative al suo significato patrimoniale di risparmio di spesa, corrispondendo invero al potere d'agire ovvero di fare qualcosa che è inibito *tout court*. Ne deriverebbe che esso cade (nel tempo e nello spazio) contestualmente al compimento della condotta incriminata e prescinde dal risvolto del mancato pagamento, risvolto che in quest'ottica dovrebbe spostare l'attenzione (circa la relativa collocazione spaziale) sulla sede amministrativa e contabile dell'agente. La Corte, pertanto, in ragione della sottolineata peculiarità del fatto posto in essere, si esprime in termini di «sovrapposizione dei momenti della condotta e dell'evento»⁵⁹.

Meno accurata l'analisi nella prospettiva della reificazione dell'evento di danno, nonostante la riconosciuta reciproca autonomia delle due figure del danno e del profitto⁶⁰.

In merito la Corte, limitandosi a evidenziare la conformità alla decisione avente a oggetto la frode per i servizi telefonici perpetrata nei confronti della Telecom, conclude: «(...) anche in quel caso, sicuramente, vi sarà stato in un momento successivo, chi ha pagato la fattura per quella conversazione telefonica ma ciò non toglie che il danno patrimoniale si era già verificato nel momento del profitto raggiunto sì che l'atto di di-

55. Cfr. la rassegna di C. PECORELLA, *Art. 640 ter*, in DOLCINI-MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, cit., 6423 e il bilancio giurisprudenziale tratto dalla stessa autrice in *Dieci anni di giurisprudenza sui reati informatici: i principali problemi interpretativi sollevati dalle nuove disposizioni*, in COCCO (a cura di), *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, 2005.

56. Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale – parte speciale*, cit., 188 e la rassegna di VASCIABEO-DELLA BELLA, *Art. 640*, in DOLCINI-MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, cit., 6381 ss.

57. La vicenda, decisa dalla sez. VI, 4.10.1999 cit., è a sua volta richiamata dalla pronuncia conforme della sez. II, 11.11.09, cit. (avente a oggetto il caso di un soggetto che, appropriatosi della *password* rilasciata al responsabile del centro liquidazioni di una compagnia assicurativa, aveva manipolato i dati del sistema predisponendo false attestazioni di risarcimento danni, facendo in tal modo erogare una considerevole somma di denaro), alla quale la Corte si riferisce direttamente nella sentenza in esame. Per la ricostruzione dell'articolata operazione criminale, incentrata sulla "captazione abusiva di telefonate", si veda FANELLI, *Telefonate abusive e frode informatica*, in *Foro it.*, 1999, III, 608-610 e ALESIANI, *Il momento consumativo del delitto di frode informatica: indicazioni contraddittorie della cassazione*, in *Cass. pen.*, 2011, 486.

58. *Contra* ALESIANI, *op. cit.*, 490, che, aderendo alla concezione economico-patrimoniale del profitto, sostiene che quest'ultimo avrebbe dovuto ritenersi acquisito solo nel momento in cui gli operatori avessero ottenuto dai loro "complici" all'estero una parte di quanto inviato dalla Telecom, tenuta per convenzione a pagare agli enti gestori stranieri l'importo delle chiamate internazionali: una quota di esso veniva infatti versata ai destinatari delle telefonate.

59. Continua la Corte: «esattamente come – nell'esempio più chiaro dell'altra decisione più volte citata (...) – il profitto viene raggiunto dall'agente immediatamente, nel momento stesso in cui riesce a fare la telefonata internazionale grazie alla rapida e abile digitazione dei tasti ovvero come – nel caso in esame – l'operatore, con un semplice "click", spedisce simultaneamente un numero imprecisato di missive elettroniche pubblicitarie ad indirizzi acquisiti illecitamente».

60. Cfr., per tutti, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale – parte speciale*, cit., 188; Mantovani, *Diritto penale – parte speciale*, cit., 206; CARMONA, *Tutela penale del patrimonio individuale e collettivo*, Bologna, 1996, 173.

sposizione patrimoniale (eventualmente) conseguente è successivo e non necessario, in quanto giuridicamente non rilevante, ad integrare un profitto (anche di altra natura) già conseguito dall'agente».

Ebbene, pare doveroso rammentare preliminarmente come l'approccio al tema del danno (evento naturalistico della truffa) richieda il compimento di una scelta di fondo a favore della sua concezione in chiave *economica*, che lo identifica con un'effettiva perdita patrimoniale (un danno emergente o un lucro cessante), oppure di quella in chiave *giuridica*, che lo identifica nella perdita di una posizione giuridica favorevole o nell'acquisizione di una posizione giuridica sfavorevole a prescindere dall'effettivo verificarsi di una *deminutio patrimonii*.

Non è questa la sede per ripercorrere le tappe del dibattito dottrinale circa la natura del danno nella truffa, e più in generale nell'ambito dei reati contro il patrimonio, stante peraltro la necessità in tal caso di muovere dall'origine del problema, vale a dire la scelta del significato da attribuire al concetto di patrimonio quale oggettività giuridica di categoria⁶¹.

Qui è sufficiente osservare come la Corte, facendo accompagnare il termine "danno" dall'aggettivazione "patrimoniale" allo stesso modo delle due precedenti pronunce evocate (sez. VI, 4.10.1999 cit. e sez. II, 11.11.09, cit.), parrebbe propendere per l'idea della necessaria connotazione economica del danno, in conformità peraltro con la lettura oggi prevalente in dottrina e giurisprudenza⁶². Se così fosse, dovremmo immediatamente sottolineare la netta contraddizione tra premessa teorica (adesione alla concezione *economica* del danno) e concreta applicazione della categoria del danno, dove, come detto, si è indifferenti al pagamento delle fatture per le conversazioni telefoniche, ritenendo sufficiente la semplice esposizione debitoria⁶³. Tuttavia non è compito arduo salvare il *dictum* da tale notazione critica, ridimensionando la portata del dato terminologico, che invero si rivela esso stesso equivoco, dal momento che il termine "patrimoniale" si presta a sua volta alla doppia lettura, *economica* ovvero *giuridica*, riflesso delle varie accezioni che la sua voce-radice "patrimonio" assume nel vocabolario penalistico.

Attesa allora la preferenza espressa dalla Corte, sulla scia della decisione sulla frode nei servizi telefonici, a favore di una visione giuridica del danno (patrimoniale), val la pena ricordare, sia pure in estrema sintesi, il profilo di maggior criticità di tale concezione, riconducibile, com'è noto, all'avanzamento della tutela patrimoniale che con essa si attua e alla tendenziale smaterializzazione dell'elemento del danno che consegue all'idea di poter prescindere dal riferimento alla "circolazione economica". In particolare, si è detto che per tal via si trasformerebbe in sostanza la truffa (e gli altri delitti di danno) in reato di pericolo, quando invero la rilevanza penale delle condotte antecedenti rispetto all'evento naturalistico sarebbe già assicurata dall'art. 56 c.p., il cui campo operativo, diversamente ragionando, retrocederebbe a fasi ulteriormente anticipate⁶⁴. La riflessione critica ha poi trovato una specificazione a proposito della frode informatica e con diretto riferimento alla correlativa questione della natura del profitto, laddove si è posto l'accento sulla presenza nel sistema (nell'ambito dei delitti contro la persona) dell'art. 615 *quater* c.p., previsione che, caratterizzata da un'anticipazione di tutela, consentirebbe comunque di collocare, nel raccordo applicativo con l'art. 640 *ter* c.p., gli eventi da quest'ultima contemplati in chiave esclusivamente economica⁶⁵.

Ad ogni modo, il quesito che ora si deve porre è se il *locus commissi delicti*, quando

61. Imponente la letteratura sul tema. Limitandoci alla manualistica, anche per una ricognizione delle varie posizioni emerse in materia, si veda CARMONA, *I reati contro il patrimonio*, in Fiorella (a cura di), *Questioni fondamentali di diritto penale*, Torino, 2012, sez. I; MANTOVANI, *Diritto penale-parte speciale*, cit., 16 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale-parte speciale*, cit., 23 ss.

62. Cfr. FIANDACA-MUSCO, *op. ult. cit.*, 184 e la rassegna di VASCIABEO-DELLA BELLA, *Art. 640*, cit., 6379; in giurisprudenza, si veda, per tutte, Cass. sez. un., 21.6.2000.

63. Evidenza tale profilo contraddittorio ALESIANI, *op. cit.*, 489.

64. Per tutti, MARINI, *Truffa*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1999, 381 ss.

65. MARINI, *Truffa*, *op. cit.*, 397

il danno sia inteso – conformemente alla posizione della Corte – in senso giuridico, non debba comunque essere individuato in quello della sede della società, quale luogo di presunta localizzazione del patrimonio (come insieme dei rapporti giuridici) della medesima; quesito che a sua volta ci porta lontano, fino a chiederci, ad esempio, se il patrimonio *segua* il soggetto che ha agito in nome e per conto della società nel luogo in cui è stato ingannato o *rimanga* nella sede del soggetto (vittima della truffa) rappresentato e danneggiato.

Tornando alle vicende in esame, e ammessa la preferenza per il luogo in cui la società ha sede, si realizzerebbe una dissociazione spaziale (ma non temporale) tra la verifica del profitto, che farebbe capo nel luogo di compimento della condotta, e quella del danno, che si radicherebbe nella sede della persona giuridica: quale dei due dovrebbe prevalere, posta la loro contestualità, ai fini dell'individuazione della competenza territoriale?

Una prima conclusione. Non v'è dubbio che il fenomeno della dematerializzazione del danno, a cui prima si faceva cenno, favorisca le letture *sovrapponenti* i due diversi elementi della condotta e dell'evento, soprattutto in peculiari contesti come quello in esame, connotati dall'ottenimento di benefici telematici, e sebbene le concezioni in tema di danno risultino tradizionalmente accomunate dalla considerazione di quest'ultimo come fattore distinto dalla condotta, ossia quale «dato che esprime l'offesa, rispettando lo schema classico di un diritto penale oggettivo che vuole l'evento lesivo (...) staccato dalla condotta e differenziato dagli effetti (danni) civili»⁶⁶.

Guardando allora da vicino alla pronuncia, non sembra avventato scorgere dietro l'affermata sovrapposizione dei momenti della condotta e dell'evento – *rectius*, degli eventi (di profitto e di danno) – una sorta di lettura (che di fatto è) presuntiva dell'esistenza dei secondi dal compimento della prima; ovvero, secondo una stringa più complessa, ma forse più fedele ai passaggi argomentativi della sentenza, una sorta di lettura (che di fatto è) presuntiva dell'esistenza del profitto dal compimento della condotta e dell'esistenza del danno da quella del profitto.

Sotto altro profilo, pare opportuno osservare come l'affermato parallelismo con la pronuncia vertente sulla frode perpetrata ai danni della Telecom, del cui fondamento non si dubita attesa la comune "questione" in essa affrontata, presenti taluni tratti di complessità sul piano metodologico se collocato nella prospettiva dell'individuazione del danno, e ciò in ragione della diversa forma che quest'ultimo assume nelle due vicende sottoposte a giudizio. Senza peraltro dimenticare che la sentenza che si commenta incontra nei suoi snodi argomentativi un ulteriore livello di difficoltà, dovuto a un aspetto, se si vuole, paradossale, ma al contempo ineliminabile perché conseguente alla disciplina delle norme processuali: indagare sul momento e sul luogo di consumazione di una determinata fattispecie (l'art. 640 *ter* c.p.), quando il giudice ha escluso nella vicenda concreta il perfezionamento di questa fattispecie.

Ebbene, seguendo per comodità espositiva le cadenze concettuali della concezione economica, occorre sottolineare come nel nostro caso il danno non possa che essere inquadrato nella categoria del lucro cessante (*id est*, il mancato guadagno della "Clever"), non identificandosi, a differenza del pregiudizio realizzatosi nella vicenda delle telefonate abusive, in un esborso monetario. È dunque evidente come, nella vicenda delle telefonate abusive, lo scarto logico e temporale tra il momento di insorgenza dell'obbligo di pagamento (momento in cui si reifica il danno in senso giuridico) e quello dell'avvenuto pagamento delle fatture (istante di reificazione del danno in senso economico) poggi su basi *materiali*, mentre nel nostro caso la dinamica ora evidenziata, che *mutatis mutandis* andrebbe polarizzata sul mancato guadagno, poggi tutta su un ragionamento

66. SGUBBI, *I delitti contro il patrimonio*, in CANESTRARI-GAMBERINI-INSOLERA-MAZZACUVA-STORTONI-TAGLIARINI, *Diritto penale-Lineamenti di parte speciale*, Bologna, 1998, 427; ID., *Patrimonio (reati)*, in *Enc. dir.*, 1983, 377, dove l'Autore riconduce il fenomeno di progressiva restrizione dell'area di libertà giuridico-penale dei contratti all'adozione di una nozione non patrimoniale di danno, con la conseguente concentrazione del disvalore del fatto di truffa tutto nella condotta di inganno e indifferenza agli effetti giuridici sul patrimonio.

ipotetico, fondandosi non su ciò che è avvenuto ma su quanto sarebbe dovuto avvenire. Detto altrimenti, il metodo di giudizio muta, attesa l'intrinseca ipoteticità della categoria del lucro cessante e della corrispondente dinamica evolutiva.

Indicati i profili di criticità propri della visione giuridica del danno e segnalate altresì le specificità del giudizio inerente al caso in esame, non si può fare a meno di puntualizzare che, muovendo da una valutazione della vicenda secondo il modello alternativo offerto dalla concezione economica, emergerebbero aspetti problematici non dissimili.

In effetti, all'identificazione del danno (in senso economico) col mancato guadagno della società, conseguirebbe la palese difficoltà di radicare la competenza territoriale in un "non-evento", fermo restando l'espedito di far riferimento al luogo in cui esso si sarebbe dovuto verificare, ossia – si direbbe – la sede contabile e amministrativa della "Clever", quale luogo di localizzazione del patrimonio di quest'ultima.

Resterebbe da spiegare, in un quadro dunque di adesione alle concezioni in chiave economica delle categorie e data, nel caso in esame, la contestualità del perfezionamento delle due figure, perché mai si dovrebbe privilegiare il luogo di verifica del danno e non quello del profitto, che in quest'ottica dovrebbe coincidere con la sede amministrativa e contabile della "Buongiorno", quale luogo di localizzazione del risparmio di spesa (dovuto al mancato pagamento delle *royalties* pubblicitarie⁶⁷) illecitamente ottenuto.

4.1

UNA QUESTIONE ANTICA:
OVVERO DI UNA GATTOPARDIANA
MODERNITÀ

Verosimilmente siamo giunti al cuore del problema.

Si badi. A ben vedere non pare tanto un nodo intrinsecamente collegato alla specificità della condotta realizzata, come invece sembrerebbe sostenere la Corte, quanto una questione *antica*, strutturalmente connessa all'ultimo tratto causale della figura della truffa, quello cioè culminante con la verifica del duplice evento (profitto/danno). In altri termini, è la qualità degli eventi consumativi a rendere complessa, in materia di truffe, la determinazione della competenza territoriale.

Posto ciò, occorre fare un passo indietro e svolgere una premessa di metodo, nel solco dell'indirizzo interpretativo tracciato sul punto dal Pedrazzi più di cinquanta anni fa.

Il problema della localizzazione della truffa risponde invero a esigenze proprie di una norma diversa da quella descrittiva della fattispecie, ossia di una disposizione processuale, ed è sulle istanze poste da quest'ultima che la riflessione va calibrata. Mentre la norma incriminatrice è sensibile all'essenza concettuale del danno, per evidenti ragioni attinenti al giudizio di tipicità, l'altra, perseguendo la finalità di scegliere il giudice territorialmente più indicato a conoscere di certi fatti, è interessata al «substrato di fatto in cui il danno suole incarnarsi»⁶⁸, di modo che ci si può realisticamente domandare quale sia il beneficio di affidare la competenza al giudice del luogo in cui risiede il soggetto passivo (ovvero dove ha la sede la persona giuridica), quando i fatti sono avvenuti in altro luogo⁶⁹.

Muovendo da questo presupposto, l'indimenticato Maestro, constatata la struttura *anche* immateriale del danno tipico della truffa («si ritiene che la truffa sia consumata (...) già nel momento in cui il soggetto passivo assume un'obbligazione, pure se il pagamento sia ancora da venire»⁷⁰), nega tuttavia la natura puramente ideale del medesimo, segnalando la presenza di un fatto materiale in cui questo si concreta e rivela: «il danno patrimoniale è insito nella condotta umana la quale opera la modificazione dei rapporti patrimoniali che fanno capo al soggetto»⁷¹.

È così individuato, nell'ambito del fatto materiale, il segmento dotato dell'attitudine

67. *Royalties* peraltro contrattualmente "non dovute", attesa la previa risoluzione unilaterale del contratto da parte della "Buongiorno", qualificata quale «primo passaggio dell'attività artificiosa contestata».

68. PEDRAZZI, *Postilla circa la competenza per territorio in materia di truffa*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1958, 233; ora in Id., *Diritto penale*, vol. II, *Scritti di parte speciale*, Milano, 2003, 361.

69. PEDRAZZI, *op. cit.*, 361.

70. PEDRAZZI, *op. cit.*, 361.

71. PEDRAZZI, *op. cit.*, 362.

a incidere sulla sfera patrimoniale della vittima: «sarebbe inesatto concepire l'atto di disposizione come la causa di un danno patrimoniale che verrà poi: il danno, tutto il danno penalmente rilevante, è già nell'atto di disposizione: è già nell'atto con cui il soggetto si spoglia di un diritto, o assume un'obbligazione, o stipula un contratto svantaggioso»⁷².

Insomma, il substrato di fatto in cui il danno della truffa si incarnerebbe è l'*atto dispositivo* del soggetto ingannato e la fattispecie dovrebbe dirsi consumata nel luogo in cui questo è compiuto.

Le medesime considerazioni varrebbero per il profitto, già tutto contenuto nell'atto di disposizione, con l'effetto dunque di radicare i due eventi nello stesso luogo, quello dove si sono svolti i fatti più significativi che il giudice deve accertare.

Non ci resta a questo punto che trasporre le coordinate dell'autorevole lettura nell'ambito della frode informatica, non prima tuttavia di aver sottolineato che l'orientamento che individua il momento della consumazione della truffa in quello dell'effettiva diminuzione patrimoniale risulti oggi prevalente nella giurisprudenza di legittimità⁷³, in piena conformità con la prevalenza accordata nel medesimo contesto alla visione economica del danno.

Ebbene, si è già rimarcato come nella frode informatica manchi il segmento fattuale, tipico della truffa, dell'"induzione in errore e conseguente atto di disposizione patrimoniale", e come esso venga sostituito, nelle letture interpretative, dal "risultato (*irregolare*) della elaborazione oggetto di manipolazione" avente "contenuto patrimoniale".

Più a fondo. Nella frode informatica è cioè assente un atto di disposizione patrimoniale *stricto sensu*, causalmente riconducibile all'errore indotto dall'agente, vale a dire al carattere decettivo dell'altrui *reale* volontà, che è cifra della modalità fraudolenta tipica della condotta prevista nella truffa comune. Ciò non toglie che per effetto dell'operazione *manipolata* eseguita dall'elaboratore dovrà essere possibile imputare giuridicamente al soggetto passivo l'atto incidente sul patrimonio e, pertanto, si può anche definire la "fraudolenza" tipica della frode informatica «in termini di "abusività", rispetto ai presupposti di attivazione della "volontà ipotetica" della vittima, previamente cristallizzata nel programma e nella procedura automatizzata»⁷⁴.

Riconosciuta allora, nella dinamica dell'art. 640 *ter* c.p., la centralità dell'elaborazione *manipolata* della *macchina*, quale surrogato dello stato di errore indotto e quale centro di attivazione di una volontà (comunque) *non effettiva*, riprendiamo il caso delle telefonate abusive: l'unico, tra i due posti in parallelo, che ci consenta di pervenire a delle conclusioni adeguate, perché il solo a integrare la fattispecie di cui all'art. 640 *ter*.

Coerentemente con le premesse svolte, riteniamo che il substrato di fatto rivelatore del danno coincida col risultato (*irregolare*) dell'elaborazione oggetto di manipolazione: è questo il segmento di fatto tipico che scolpisce la genesi dell'esposizione debitoria in capo alla società.

Pertanto, una volta che si scelga di aderire alla prospettiva (tipica della visione *giuridica* del danno e di quella *non patrimoniale* del profitto) fatta propria dalla Corte, occorrerebbe precisare che la fase culminante dell'*iter criminis*, quella che reifica l'evento dannoso e quello di profitto (consistente nel *poter fare la telefonata internazionale*), non è tanto la condotta manipolatoria dell'agente quanto il *contributo* della *macchina* dato dal suo indotto, irregolare funzionamento. E, in questo senso, prescindendo dalle specificità del caso in esame, ci sembra opportuno aggiungere, soprattutto in considerazione del peculiare contesto fattuale di riferimento, come possa accadere che la condotta manipolatoria sia compiuta in un luogo fisico e l'irregolare processo di elaborazione della macchina, da essa generato, si realizzi in un altro.

72. PEDRAZZI, *op. cit.*, 362.

73. Cfr. Cass., sez. un., 21.6.200, n. 18, che in materia di titoli di credito individua il momento della consumazione in quello dell'acquisizione da parte dell'autore del reato della relativa valuta, attraverso la loro riscossione o utilizzazione; Cass., sez. II, 14.6.2012, n. 35004; Cass., sez. II, 23.11.2012, n. 3783; Cass., sez. II, 23.10.2012, n. 46643; Cass., sez. II, 11.7.2008, n. 31044. Sul punto, cfr. Carcano, *Manuale di diritto penale-Parte speciale*, Milano, 2010, 1107.

74. Così PICOTTI, *Reati informatici*, cit., 7.



DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO



www.penalecontemporaneo.it